

COMENTARIOS JURÍDICOS

JULIO 2012 Volumen 20

ACTUALIDAD NORMATIVA

- I. Medio ambiente
- II. Agroalimentario
- III. Sanidad
- IV. Comercio electrónico
- V. Poder judicial
- VI. Tributos
- VII. Contabilidad

- VIII. Laboral
- IX. Socieda
- X. Mercados financieros
- XI. Energía
- XII. Audiovisual
- XIII. Telecomunicaciones

NOTAS DE COMPETENCIA

- Las operaciones de concentración de canales de televisión en España desde la óptica del derecho de la competencia (R. Alonso)
- Mosaico
 - Noticias
 - Prácticas prohibidas
 - Control de concentraciones
- BREVES POR SECTORES (Unión Europea)

& ANÁLISIS

- El despido tras la reforma laboral: primeros criterios judiciales (R. Martín Jiménez)
- Viagra® contra genéricos (Á. García Vidal)
- ¿Quién paga el bono social? (A. I. Mendoza Losana)
- El plan para el pago a los proveedores de las entidades locales y los endosos de créditos contra las Administraciones Públicas (Á. Carrasco Perera y B. Lozano Cutanda)
- Novedades en la regulación de la contratación *on line* con consumidores (A. I. Mendoza Losana)
- Concurso de la contraparte del swap y derecho del acreedor concursal a suspender los pagos debidos por la liquidación periódica del derivado (Á. Carrasco Perera)
- La reforma de la reforma laboral: versión definitiva (R. Martín Jiménez)
- Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (C. Vázquez Cobos y B. Lozano Cutanda)
- La congelación de las tarifas eléctricas no encuentra calor en el Tribunal Supremo (A. I. Mendoza Losana)

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

Julio 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

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Actualidad Normativa

I. II. IV. V. VI. VII.	Medio ambiente6Agroalimentario7Sanidad7Comercio electrónico8Poder judicial9Tributos9Contabilidad10	VIII. IX. X. XI. XII. XIII.	Laboral Sociedad Mercados financieros Energía Audiovisual Telecomunicaciones	11 12 13 14			
Notas de Competencia							
desc – Mos → F → C – Bre	operaciones de concentración de canales de televis de la óptica del derecho de la competencia SAICO Noticias Prácticas prohibidas Control de concentraciones EVES POR SECTORES (Unión Europea)			24 24 25 28			
Viag¿QuiEl plcontNove	espido tras la reforma laboral: primeros criterios ju lra® contra genéricos ién paga el bono social? lan para el pago a los proveedores de las entidades las Administraciones Públicas edades en la regulación de la contratación on line o	locales	s y los endosos de créditos sumidores	36 38 41 44 47			
a su – La ro – Ley	curso de la contraparte del <i>swap</i> y derecho del acre spender los pagos debidos por la liquidación periód eforma de la reforma laboral: versión definitiva Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y S ongelación de las tarifas eléctricas no encuentra ca	lica del Sostenil	derivado	58			

Sección coordinada por

Rosana Hallett

Of counsel de Gómez-Aceho & Pombo

Actualidad Normativa

I.	Medio ambiente	
II.	Agroalimentario	
III.	Sanidad	
IV.	Comercio electrónico	
V.	Poder judicial	
VI.	Tributos	
VII.	Contabilidad1	
VIII.	Laboral	
IX.	Sociedad	
X.	Mercados financieros	
XI.	Energía	
XII.	Audiovisual	-
XIII.	Telecomunicaciones 1	

Medio ambiente

En el segundo trimestre de esta edición legislativa, en materia medioambiental destacamos las normas estatales que analizamos a continuación:

1. El Real Decreto 455/2012, de 5 de marzo, por el que se establecen las medidas destinadas a reducir la cantidad de vapores de gasolina emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio. Constituye el objeto de este real decreto el establecimiento y regulación de la obligación de las estaciones de servicio de dotarse de un sistema para reducir la cantidad de vapores de gasolina emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor (recuperación de vapores de gasolina de la fase II), así como su procedimiento de verificación y seguimiento. Será de aplicación a las estaciones de servicio nuevas o ya existentes siempre que su caudal efectivo o previsto sea superior a 500 m³/año o, si están situadas debajo de viviendas o de zonas de trabajo permanentes, superior a 100 m³/año. Sin embargo, sus previsiones normativas no serán exigibles a las estaciones de servicio cuyo uso exclusivo esté vinculado a la fabricación y el suministro de vehículos de motor nuevos. De esta manera, toda estación de servicio que tenga instalado un sistema de recuperación de vapores de gasolina de fase II deberá informar de ello al consumidor mediante una señal o etiqueta, así como al órgano competente de la comunidad autónoma, al que se lo comunicarán indicándole además el tipo de sistema instalado.

La verificación de la eficiencia de la captura de vapores de gasolina será comprobada al menos una vez al año por un organismo de control autorizado regulado. El régimen sancionador será el aplicable en el título V de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y en el capítulo VII de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

2. El Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía. Este decreto establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos que se generen y gestionen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como prevenir la generación de residuos y fomentar la prevención, la preparación para la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización, de tal manera que la deposición en vertedero se considerará aceptable solamente cuando no existan otras alternativas viables. No se aplicará dicho decreto a las emisiones a la atmósfera, a los suelos no contaminados excavados, a los residuos radiactivos y explosivos desclasificados, etc.

En lo que se refiere a la gestión de los residuos, quedan sometidas al régimen de autorización administrativa por la Consejería con competencia en medio ambiente las siguientes actividades e instalaciones de tratamiento de residuos: las instalaciones donde vayan a desarrollarse operaciones de valorización o eliminación de residuos, las personas o entidades que lleven a cabo operaciones de tratamiento de residuos, el traslado de residuos desde o hacia otros países de la Unión Europea y el depósito en vertedero de residuos que no hayan sido sometidos previamente a una operación de valorización.

3. El Real Decreto Ley 17/2012, de 4 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Medio Ambiente. Es una norma mediante la cual fueron aprobadas medidas urgentes de medio ambiente con el objetivo de simplificar y agilizar los trámites precedentes. Las medidas están dirigidas a la regulación del agua subterránea y a las leyes de patrimonio natural y biodiversidad y de residuos y suelos contaminados.

En relación con la gestión del agua, este real decreto ley introduce medidas para conseguir un uso más adecuado de ésta mediante una gestión eficaz y coordinada en lo referente a las masas de agua subterránea y su buen estado. Igualmente refuerza la potestad sancionadora del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en materia de aguas, con penas que oscilan entre diez mil y un millón de euros.

En cuanto a la protección del patrimonio natural, el Real Decreto Ley 17/2012 modifica la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad a fin de unificar en un solo instrumento los diversos mecanismos de protección y planificación, evitando de esta manera su solapamiento. El nuevo texto normativo introduce también modificaciones en la Ley de Residuos y Suelos Contaminados, simplificando y reduciendo los trámites formales (como el régimen de notificaciones de los traslados de residuos), apostando por el fomento del reciclado y matizando los supuestos en los que pueden imponerse sistemas de depósito, devolución y retorno (SDDR) con carácter obligatorio. Los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor quedan sometidos exclusivamente a la autorización otorgada por la comunidad autónoma en la que vayan a tener su domicilio social, que será válida para todo el territorio nacional. En materia de competencias sancionadoras de los entes locales, éstas sólo podrán ejercerse en el caso de los residuos cuya recogida y gestión corresponda a dichas Administraciones.

Por último, se reforma la Ley del Mercado de Valores para adaptar la normativa española a la europea en cuanto al nuevo sistema de subasta de derechos de emisión de CO₂. De esta manera, las primeras subastas de derechos de emisión comenzarán durante el segundo semestre del 2012, correspondiendo subastar a España más de diez millones de derechos de emisión.

II. Agroalimentario

En este trimestre merecen especial atención los siguientes informes emitidos por organismos europeos:

1. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los OMG en la UE» (DOUE de 6 de marzo del 2012). Mediante este dictamen el Comité Económico y Social Europeo (CESE) aborda la evaluación de la legislación actual de la UE en el ámbito de los organismos modificados genéticamente (OMG), su posible revisión y la eliminación de las lagunas de la regulación. También se pone de manifiesto la necesidad de actualizar la definición de los OMG, la cual no ha variado desde la primera legislación de 1990, a pesar de la rápida evolución de las técnicas de modificación genética.

La legislación de la Unión Europea se basa en principios tales como la autorización independiente y basada en datos científicos, el elevado nivel de protección en lo que respecta a la salud y al bienestar de las personas, los animales y el medio ambiente con arreglo a los principios de precaución y «quien contamina, paga», la libre elección y transparencia en toda la cadena alimentaria, el respeto de las obligaciones internacionales y del mercado interior, la seguridad jurídica, la subsidiariedad y la proporcionalidad.

Durante este tiempo, el CESE ha denunciado la existencia de algunas lagunas relativas a la coexistencia de los OMG con la agricultura ecológica y la agricultura convencional o las disposiciones reglamentarias de responsabilidad y reparación de daños medioambientales o económicos, derivados de la presencia fortuita de OMG o la mezcla accidental de productos ecológicos o convencionales.

Considera por ello de suma importancia la futura revisión del marco jurídico general de los OMG e insta a la Comisión a que colabore activamente y mantenga un diálogo constructivo con el Parlamento Europeo y el Consejo a fin de establecer una sólida base jurídica para los procedimientos decisorios nacionales sobre los cultivos de OMG.

2. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre el tema «Agricultura y artesanía—Una combinación ganadora para las zonas rurales» (DOUE de 22 de mayo del 2012). En este caso, el CESE pretende impulsar el segundo pilar de la política agrícola común (PAC) —la política de desarrollo rural— y los fondos estructurales para el periodo 2014-2020, proponiendo la ampliación y cualificación de las medidas relativas al apoyo a la inversión para las pymes, la artesanía y la agricultura, así como la preservación de los conocimientos y las experiencias tradicionales, pues con ellos se contribuye —con sus productos y servicios— al desarrollo de las identidades regionales y se aseguran el abastecimiento energético y la protección sostenible del medio ambiente, preservando así el patrimonio cultural.

Para su logro insta al establecimiento y reforzamiento de las cadenas de valor añadido regionales (asociando la agricultura y la artesanía con otros sectores como el comercio, el turismo, la salud o el de la madera) y a la elaboración de normas de competencia equitativas.

Por último, llama la atención sobre el cambio demográfico, propugnando la retención de los profesionales cualificados en las regiones rurales y su orientación hacia aquellas actividades con perspectivas de futuro en las empresas de artesanía y agricultura.

3. El Informe Especial núm. 8/2012 «Orientación de la ayuda a la modernización de explotaciones agrícolas» del Tribunal de Cuentas (DOUE de 1 de junio del 2012), que se emite en el marco presupuestario 2007-2013 de la medida de inversión denominada «Modernización de explotaciones agrícolas» financiada por la Unión Europea y analiza si la ayuda responde a las prioridades de la Unión y a las necesidades específicas de los Estados miembros.

La Comisión Europea considera que la medida de inversión se cumple cuando se incrementa el rendimiento económico de la explotación o supone una mejora para el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, la higiene o el bienestar de los animales.

El Tribunal de Cuentas ha constatado cómo la orientación de la ayuda ha dependido de cada Estado miembro. Por ello se propone el dictado de una norma común que obligue a los Estados miembros a detallar en sus programas de desarrollo rural los criterios y procesos aplicables a la selección de proyectos para evitar la concesión de ayudas a aquellos cuya viabilidad financiera ofrezca dudas.

Como respuesta, la Comisión ha propuesto que los Estados miembros tengan la posibilidad —en el próximo periodo de programación— de diseñar subprogramas temáticos dirigidos a abordar necesidades específicas, previendo medidas particulares y asignaciones presupuestarias y estableciendo planes financieros e indicadores específicos.

III. Sanidad

El Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar **la calidad y seguridad de sus prestaciones**, ha introducido importantes reformas en varias normas. En particular, en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de

cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en materias como el precio de referencia de los medicamentos), en el Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución

y dispensación de medicamentos de uso humano, en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, o en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

IV. Comercio electrónico

Por medio del Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, se transponen al ordenamiento español la Directiva 2009/136/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y la Directiva 2009/140/CE por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Se modifican la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información.

Entre las nuevas normas introducidas se encuentra la modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. De entre las novedades, cabe destacar las siguientes:

- 1) Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 20, en el que se dispone que «en todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de internet que contravengan lo dispuesto en este artículo».
- 2) Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 21 para disponer, en relación con el derecho a oponerse al envío de comunicaciones comerciales no solicitadas y la previsión de medios para ejercerlo, que «cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección».

- 3) También se da una nueva redacción al artículo 22 de la Ley de Comercio Electrónico, que pasa a disponer lo siguiente:
 - «1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

2. Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario».

4) Finalmente, se da una nueva redacción al artículo 31 de la Ley de Comercio Electrónico, a cuyo tenor están legitimadas para interponer la acción de cesación las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquellas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes.

V. Poder judicial

El 1 de enero del 2012 entró en vigor el Acuerdo de 23 de noviembre del 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

En virtud de este acuerdo, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 98 de la Ley del Poder Judicial, ha atribuido a los juzgados de lo Mercantil de Barcelona el conocimiento, con carácter exclusivo, de los siguientes asuntos:

- a) A los juzgados de lo Mercantil números 1, 4 y 5: los asuntos relativos a patentes y publicidad.
- b) A los juzgados de lo Mercantil números 2 y 8: los asuntos relativos a marcas, diseño industrial y propiedad intelectual.

- c) A los juzgados de lo Mercantil números 3 y 7: los asuntos relativos a competencia desleal y defensa de la competencia.
- d) A los juzgados de lo Mercantil números 6, 9 y 10: los asuntos relativos a impugnación de acuerdos sociales y acción social de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles.

Las restantes materias cuyo conocimiento compete a los juzgados de lo Mercantil de Barcelona se repartirán entre ellos, de conformidad con las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, basándose en criterios meramente cuantitativos y sin hacer exclusión de ninguna clase de asuntos.

VI. Tributos

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

- 1. El Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, incorpora las siguientes medidas: en el impuesto sobre sociedades, a) limitación de la deducibilidad del fondo de comercio por adquisición de entidades y por reestructuraciones empresariales para los ejercicios 2012 y 2013; b) reducción al 25 % del límite conjunto de deducciones; c) modificación del cálculo del pago fraccionado para el 2012 y el 2013; d) eliminación de la libertad de amortización y establecimiento de un régimen transitorio para inversiones anteriores; e) introducción de un gravamen especial del 8 % sobre dividendos y rentas de fuente extranjera devengadas en el 2012; f) limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, y g) exención parcial para la venta de participaciones. En el impuesto sobre la renta de las personas físicas se modifica la libertad de amortización en línea con el cambio del impuesto sobre sociedades. Adicionalmente se introduce una declaración tributaria especial para la regularización de rentas no declaradas en los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de las personas físicas o sobre la renta de no residentes.
- 2. El Real Decreto Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, modifica en su disposición final segunda los siguientes conceptos del impuesto sobre sociedades regulados por el Real Decreto Ley 12/2012: a) el cálculo de los pagos fraccionados para sujetos pasivos cuyo periodo impositivo no coincide con el año natural, y b) el gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera, en el sentido de que sólo se pueden acoger a él rentas devengadas hasta el 30 de noviembre del 2012.
- 3. El Real Decreto Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, que después analizaremos en otros detalles, incluye las siguientes modificaciones en materia fiscal: a) permite la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de aportación de activos a sociedades para la gestión de activos; b) extiende la aplicación de la exención de los impuestos sobre el valor añadido y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados a la transmisión de las participaciones de estas sociedades, aun cuando sean sociedades cuyo activo esté formado en más de un 50 % por inmuebles (excepción al artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores); c) introduce en el impuesto sobre sociedades una

exención del 50 % para las rentas positivas derivadas de la transmisión de bienes inmuebles que tengan la condición de activo no corriente o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta adquiridos a título oneroso entre el 12 de mayo y el 31 de diciembre del 2012, y d) aprueba en sede de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes una exención del 50 % para las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de inmuebles urbanos adquiridos a título oneroso entre el 12 de mayo y el 31 de diciembre del 2012.

4. La Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolla la disposición

adicional primera del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se aprueban cuantas medidas resultan necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750, declaración tributaria especial, y se regulan las condiciones generales y procedimiento para su presentación, aprueba el modelo para la declaración tributaria especial, permitiendo la regularización de dinero en efectivo, de bienes adquiridos con rentas parcialmente declaradas y de aquellos casos en los que se tiene la titularidad real pero no jurídica de los bienes.

VII. Contabilidad

En materia de derecho contable, destacamos las siquientes novedades:

1. El 1 de junio del 2012 se modificaron las siquientes Normas Internacionales de Contabilidad: números 1 de presentación de estados financieros, 12 de impuesto sobre las ganancias, 19 de retribuciones a los empleados, 20 de contabilización de las subvenciones oficiales e información a revelar sobre ayudas públicas, 21 de efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera, 24 de informaciones a revelar sobre partes vinculadas, 32 de instrumentos financieros: presentación, 33 de ganancias por acción y 34 de información financiera intermedia. Asimismo, se modificaron las Normas Internacionales de Información Financiera números 1 de adopción por primera vez de las Normas Internacionales de Información Financiera, 5 de activos no corrientes mantenidos para la venta y operaciones interrumpidas, 7 de activos no corrientes mantenidos para la venta y

operaciones interrumpidas y 8 de segmentos de operación.

2. El Reglamento (UE) núm. 475/2012, de la Comisión, de 5 de junio, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1 y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 19. En cuanto a las modificaciones de la NIC 1 de presentación de estados financieros, se aclara la presentación del creciente número de partidas de «otro resultado global» y facilita la distinción entre aquellas, de dichas partidas, que pueden reclasificarse posteriormente en resultados y aquellas otras que no se reclasificarán nunca en resultados. Respecto a la NIC 19 de retribuciones de empleados, se mejora la información sobre la manera en que los planes de prestaciones definidas afectan a la situación financiera, el rendimiento financiero y los flujos de efectivo de la entidad.

VIII. Laboral

En este trimestre se han producido escasas novedades normativas en materia laboral. Destacamos las siguientes:

1. La Resolución de 14 de mayo del 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo del 2012, por el que se establecen medidas en relación con la aplicación del Acuerdo de 3 de diciembre del 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos. Esta resolución suspende parcialmente (por razones presupuestarias) el apartado 17 del Acuerdo de 3 de diciembre del 2007 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, que regula los derechos de representación colectiva de dicho personal. También se suspende el Acuerdo de 9 de junio del 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado por el que se establece el procedimiento para la elección de órganos de representación del personal laboral de la Administración General del Estado en el exterior, derivado del anterior. En ambos casos, la suspensión tendrá una duración de veinticuatro meses.

2. La Ley 2/2012, de 4 de abril, de las Illes Balears, de apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa. Su objetivo es promover la creación y la consolidación de empresas como mecanismo tractor de la generación de riqueza y empleo para las Illes Balears (islas Baleares), basado en medidas de diferenciación para crear y mejorar la competitividad y la productividad del tejido empresarial. Se pretende sensibilizar y promover la creación y la consolidación empresarial desde la escuela hasta la universidad, introduciendo conceptos relacionados con la cultura emprendedora en el ámbito educativo en todos los niveles. Se prevé la instrumentalización de programas de capacitación y profesionalidad para mejorar la competitividad y productividad de las empresas. También se fomenta la responsabilidad social empresarial. Se establecen instrumentos de simplificación administrativa para emprendedores y pymes de las islas Baleares: reducción de cargas administrativas en la creación de empresas; impulso de una plataforma informática integral de servicios de información, tramitación, asesoramiento y acompañamiento empresarial; mejora de la coordinación de políticas y servicios de apoyo a emprendedores y empresas, etc. En fin, se prevén actuaciones que permitan a los emprendedores y empresarios de las islas Baleares acceder a la financiación tradicional y no tradicional y, a la vez, paliar los problemas económicos coyunturales provocados por la situación económica actual: creación de un fondo de capital semilla y otro de capital riesgo como elementos impulsores de la financiación empresarial, establecimiento de una política de fomento de captación de ángeles inversores (business angels) y habilitación de líneas de avales para emprendedores y para empresarios que cubran las necesidades no cubiertas por el sistema financiero actual.

IX. Sociedades

También destacamos en materia de sociedades las siguientes normas de carácter estatal y comunitario:

- 1. La Directiva 2012/6/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo del 2012 por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad en lo que respecta a las microentidades. Esta directiva modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad en lo que respecta a las microentidades, consideradas una subcategoría de las microempresas que engloba a las empresas en las que, a su vez, los criterios de tamaño relativos al total del balance y al importe neto del volumen de negocios tengan valores inferiores a los establecidos para las microempresas. Se trata de una iniciativa legislativa para proponer a los Estados miembros de la Unión Europea que adopten las medidas necesarias para eximir a esas entidades de ciertas obligaciones que puedan resultar una carga administrativa excesivamente onerosa para su normal funcionamiento y, sin embargo, cumplan la elaboración de sus cuentas anuales con arreglo al principio de imagen fiel. La condición para el reconocimiento de exenciones de algunas de las obligaciones contables consiste en que, en la fecha de cierre del balance, no superen los límites de dos de los tres criterios siguientes: que el total del balance no supere los 350 000 euros, que el importe neto del volumen de negocios no supere los 700 000 euros o, que el número medio de empleados durante el ejercicio sea inferior a diez.
- El Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Esta norma ha servido de vehículo a una importante modificación

del contenido que, hasta ahora, daba la Ley de Sociedades de Capital (LSC) a la sede electrónica. El capítulo II del título I de la LSC introduce una nueva sección, la cuarta, integrada por los artículos 11 bis, 11 ter y 11 quater, en la que se perfila el régimen jurídico de la sede electrónica:

a) Página web de la sociedad:

El primero de los artículos, el 11 bis, contiene una redacción similar a la precedente con algunos retoques y ampliaciones. El primero de ellos, para afirmar que las sociedades de capital podrán tener una página web corporativa, mientras que en el caso de las sociedades cotizadas esta página será obligatoria. El citado artículo 11 bis establece, además, que la creación de una página web corporativa deberá ser acordada por la junta general de la sociedad, para lo cual, en la correspondiente convocatoria de la junta que vaya a adoptar el acuerdo, deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión. Por el contrario, y salvo que los estatutos lo hayan dispuesto en otro sentido, la modificación, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad será competencia del órgano de administración.

En definitiva, a partir de ahora, aquellas sociedades de capital que estimen oportuna la creación de una página web habrán de incorporar específicamente el correspondiente punto en el orden del día de la reunión y, adoptado el acuerdo por la junta de socios, hacerlo constar en su hoja registral y publicarlo en el BORME gratuitamente.

b) Publicaciones en la página web:

El segundo de los artículos de la nueva sección, el artículo 11 ter, dedica su atención a

especificar reglamentariamente las circunstancias que rodean a la página web como medio de información y publicidad informático de la sociedad. Por ello la sociedad queda obligada a garantizar la seguridad de su página web, la autenticidad de los documentos publicados en ella, así como el acceso gratuito con posibilidad de descargar e imprimir lo insertado y, correspondiéndole, igualmente, la carga de la prueba del hecho de la inserción de documentos en la página web y de la fecha en que tal inserción haya tenido lugar.

Sin embargo, se hace recaer sobre los administradores el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, y se les considerará responsables solidarios entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

X. Mercados financieros

Destacan en estos últimos meses las siguientes normas:

- El Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico (EDE), que desarrolla el contenido de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico y deroga el Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero. Tres son los objetivos fundamentales que pueden identificarse en este real decreto y que complementan los ya previstos en la ley del 2011:
 - En primer lugar, coadyuva a aumentar la precisión del régimen jurídico aplicable a la emisión de dinero electrónico aclarando su definición y el ámbito de aplicación de la norma. Con ello, al aumentar la seguridad jurídica de los intervinientes en el mercado, se pretende facilitar el acceso a la actividad de emisión de dinero electrónico para estimular la competencia en dicho sector.
 - En segundo lugar, como se reconoce en el preámbulo del real decreto, la norma completa el diseño de un régimen jurídico más proporcionado de las EDE, puesto que tal régimen de las entidades de dinero electrónico vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 21/2011 establecía unos requisitos que resultaban demasiado onerosos para las entidades y que —se afirma— se revelaron inadecuados en relación con los riesgos que su actividad podía potencialmente generar.
 - Por último, la norma contribuye a garantizar la consistencia entre el nuevo régimen jurídico de

Por último, también se prevé que, si la interrupción de acceso a la página web es superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general convocada para acordar sobre los asuntos a que se refiera el documento inserto en ella, salvo que el total de los días de publicación efectiva sea igual o superior al término legal, esto es, quince días para las sociedades limitadas y treinta para las anónimas. En los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la junta general, si se produce interrupción, deberá prolongarse la inserción durante un número de días igual al que el acceso haya estado interrumpido.

c) Comunicaciones por medios electrónicos:

El último de los nuevos artículos, el 11 quater, establece que las comunicaciones entre la sociedad y el socio, incluida la remisión de documentos e información, podrán efectuarse por medios electrónicos cuando el socio lo haya aceptado expresamente.

las entidades de pago y el aplicable a las entidades de dinero electrónico.

- 2. El Reglamento (UE) núm. 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo del 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros y se modifica el Reglamento (CE) núm. 924/2009. El proyecto de zona única de pagos en euros (Single Euro Payments Area, SEPA) implantará servicios de pago comunes a toda la Unión que sustituyan a los actuales servicios de pago nacionales, que consigan ser seguros, se lleven a cabo a precios competitivos y, además, sean de fácil uso y fiables. A tal fin, se establece una relación de minuciosos requisitos (art. 5) que deberán cumplir los proveedores de servicios de pago para efectuar transferencias y adeudos domiciliados antes del 1 de febrero del 2014. Para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el reglamento, los Estados miembros deberán designar y notificar a la Comisión Europea, antes del 1 de febrero del 2013, las autoridades competentes responsables de esa tarea (art. 10) y procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso adecuados y eficaces con vistas a la resolución de litigios entre los usuarios de servicios de pago y los proveedores de tales servicios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de lo que establece el reglamento (art. 12).
- El Real Decreto Ley 10/2012, de 23 de marzo, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las autoridades europeas de supervisión. La

necesidad de adaptar al derecho español la Directiva 2010/78/UE, de 24 de noviembre del 2010, en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, ha dado lugar a que el Real Decreto Ley 10/2012, de 23 de marzo, modifique la redacción del citado precepto para incluir en su texto las menciones necesarias de dicha autoridad. En este sentido, la CNMV deberá comunicar no sólo a la autoridad competente de cada Estado miembro de acogida la aprobación del oportuno folleto, sino que, además, deberá notificarlo a la Autoridad Europea de Valores y Mercados. A estos efectos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) publicará en su página web un listado de los certificados de aprobación de folletos y de sus posibles suplementos y un enlace, si procede, con la publicación de dichos documentos, o en el sitio web de la autoridad competente del Estado miembro de origen, o en el del emisor, o en el del mercado regulado.

En sentido inverso, será la autoridad competente del Estado de origen la capacitada para notificar a la Autoridad Europea de Valores y Mercados y a la CNMV la aprobación del oportuno folleto para la admisión a negociación en España de los valores de que se trate.

4. El ya mencionado Real Decreto Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. Las medidas de reforzamiento de provisiones y de capital que incorporó el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, no han bastado para apaciguar las turbulencias que amenazan la estabilidad del citado sector, por lo que han sido precisas nuevas medidas para intentar restablecer la confianza perdida hace ya tiempo en el sistema. En esta ocasión, la reforma se ha acometido para establecer más coberturas, pues son adicionales a las ya previstas en materia de capital y provisiones para tratar de frenar el deterioro de las financiaciones vinculadas a la actividad inmobiliaria, así como para crear las sociedades para la gestión de activos.

Tal es la urgencia que plantea la grave situación financiera, que las entidades deberán cumplir las previsiones para el saneamiento de sus balances antes del 31 de diciembre del 2012, con la única excepción de aquellas que durante el ejercicio 2012 se encuentren en un proceso de integración por medio de una operación de modificación estructural o de adquisición de una entidad participada por el FROB. Para ello, presentarán al Banco de España, antes del 11 de junio, un plan de cumplimiento de las medidas que adopte la entidad (arts. 1 y 2).

Asimismo, se crean las denominadas «sociedades para la gestión de activos» (con forma de sociedad anónima) a las que las entidades de crédito deberán aportar los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias.

El real decreto ley incorpora igualmente el régimen sancionador para el incumplimiento de las obligaciones previstas en él, sometiendo a las entidades de crédito y a quienes ocupen cargos de administración y dirección en ellas a responsabilidad administrativa por infracción grave o muy grave, de los artículos 5h y 4c, respectivamente, de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

XI. Energía

Las principales novedades relativas al sector de la energía eléctrica han sido las que a continuación se comentan:

1. La Decisión 2012/218/UE de Ejecución de la Comisión, de 24 de abril del 2012, que excluye la producción y la venta al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales en Alemania del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. A instancia de la Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (Asociación Federal de Industrias Energéticas y del Agua) y tras una evaluación de la situación del mercado de producción y venta al por mayor de energía eléctrica efectuada según dictamen de la Bundeskartellamt (Oficina Federal de Defensa de la Competencia), la Comisión considera cumplida

la condición exigida por el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 2004/17/CE, a saber, la exposición directa a la competencia de las actividades de producción y suministro al por mayor de electricidad generada a partir de fuentes convencionales en Alemania. Por lo que, no estando limitado el acceso al mercado, la Directiva 2004/17/CE no debe aplicarse cuando las entidades adjudicadoras otorguen contratos destinados a posibilitar la producción y el suministro al por mayor de electricidad procedente de fuentes convencionales en Alemania ni cuando organicen concursos de proyectos para el ejercicio de tales actividades en esa zona geográfica. Sin embargo, no concurre la referida condición en lo que respecta a la producción y a la primera venta de electricidad producida a partir de fuentes de energías renovables en Alemania, por lo que sí resultará de aplicación la Directiva 2004/17. Esto significa que, cuando una entidad prevea adjudicar un contrato «mixto», es decir, un contrato con vistas al desempeño tanto de actividades excluidas de la aplicación de la Directiva 2004/17/CE como no excluidas, se deberá tener en cuenta qué actividades son el objeto principal del contrato.

- 2. El anteriormente citado Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, que ha sido convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de abril del 2012. La norma entró en vigor el 1 de abril y, aunque se ha presentado como la norma que permite la subida de las tarifas eléctricas y del gas (subida media del 7 % y del 5 %, respectivamente), su articulado no prevé tal incremento de tarifas. Ha habido que esperar casi un mes para que las subidas tuvieran su reflejo en el Boletín Oficial del Estado mediante las correspondientes disposiciones ministeriales: la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de abril del 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y la Resolución de 25 de abril del 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establecen las tarifas de último recurso a aplicar en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 22 de diciembre del 2011, ambos inclusive, y en el primer trimestre del 2012 y se establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de abril del 2012.
- El real decreto ley contiene medidas de ajuste («recortes») que afectan al sector eléctrico y gasista y que pretenden frenar, en un caso, y evitar, en otro, el problema del déficit tarifario (arts. 5-14). Pero también, más allá de los recortes, modifica la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y la Ley 38/1999, de Hidrocarburos.
- 3. La Orden IET/822/2012, de 20 de abril, por la que se regula la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes, más conocida como la medida con la que el Gobierno español responde al argentino por la expropiación de YPF a Repsol. Con el propósito de fomentar la industria española y comunitaria del biodiésel para transporte y cumplir así los objetivos comunitarios de fomento y uso de las energías renovables, la nueva orden establece las condiciones necesarias para participar en el procedimiento de asignación de cantidades de producción de biodiésel por un periodo de dos años para el cómputo de los objetivos obligatorios de consumo de biocarburantes establecidos por el Real Decreto 459/2011. Los sujetos obligados a cumplir ciertos objetivos relacionados con la venta o consumo de biocarburantes sólo podrán acreditar su cumplimiento y, correlativamente, obtener la correspondiente certificación de la Comisión Nacional de Energía si, además de las condiciones generales reguladas en el artículo 7.3 de la Orden ITC/2877/2008, acreditan previamente que han comprado el biodiésel en las plantas españolas o de cualquier Estado de la Unión Europea que hayan recibido una asignación de producción de una determinada cantidad según el procedimiento regulado.

XII. Audiovisual

Consideramos de especial interés las siguientes novedades:

1. El Primer informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE). Servicios de comunicación audiovisual y dispositivos conectados: perspectivas pasadas y futuras, Bruselas, 4.5.2012, COM (2012) 203 final. Aunque no es propiamente una norma, sí resultan de interés algunas de las conclusiones recogidas en el informe. Se admite que globalmente el marco regulador europeo para los servicios de comunicación audiovisual ha permitido establecer un buen equilibrio y ha sido útil tanto para los ciudadanos como para las empresas, si bien algunas cuestiones necesitan una atención especial, en particular en el sector de la publicidad, en el que se detectan varios problemas que deben ser objeto de mayor vigilancia. Especialmente, en lo que atañe a la protección de los menores, es preciso un mayor esfuerzo de desarrollo, apoyo y creación de buenas prácticas en materia de códigos de conducta sobre comunicaciones comerciales. Por otra parte, la evolución tecnológica previsible podría difuminar la frontera entre la radiodifusión y la difusión over the top de contenidos audiovisuales, por lo que el actual marco regulador establecido por la directiva de servicios de comunicación audiovisual deberá examinarse a la luz de la evolución de los hábitos de los telespectadores y de la oferta, así como los objetivos estratégicos tales como la protección del consumidor y el nivel de alfabetización mediática. Dado que no queda aún totalmente clara la posible incidencia en el mercado y en el marco regulador, la Comisión va a entablar un debate con las partes interesadas sobre la difusión over the top de contenidos audiovisuales (servicios de televisión a la carta a través de conexión directa a internet) y va a profundizar en este análisis durante los próximos meses con vistas a la elaboración de un documento estratégico sobre la televisión con conexión.

 El Real Decreto Ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio, que fue convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados

de 17 de abril del 2012, modifica el régimen de administración de la Corporación RTVE. Las reformas se centran en dos aspectos: la reducción del número de miembros del consejo de administración y su sistema de designación.

XIII. Telecomunicaciones

Las principales novedades producidas en el sector de las telecomunicaciones son las siguientes:

1. La Decisión núm. 243/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo del 2012, por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico para la planificación estratégica y la armonización del uso del espectro, con objeto de garantizar el funcionamiento del mercado interior en los ámbitos de actuación de las políticas de la Unión que implican su uso, como las de las comunicaciones electrónicas, investigación, desarrollo tecnológico y espacio, transporte, energía y la política audiovisual. En relación con las comunicaciones electrónicas, se pretende impulsar la innovación y la competencia en el mercado de servicios de banda ancha móvil y para ello se insta a los Estados a facilitar el acceso al espectro mediante el sistema de autorización que resulte menos oneroso, impulsar el mercado del espectro y, sin perjuicio del principio de neutralidad tecnológica, promover la innovación tecnológica para lograr una utilización más eficiente y flexible del espectro y evitar interferencias. En concreto, antes del 1 de enero del 2013, los Estados miembros llevarán a cabo el procedimiento de autorización con objeto de permitir el uso de la banda de 800 MHz (dividendo digital) para los servicios de comunicaciones electrónicas, si bien la Comisión podrá conceder excepciones específicas hasta el 31 de diciembre del 2015. Se obliga a los Estados a autorizar la transferencia o el alquiler de derechos de uso del espectro en las bandas armonizadas 790-862 MHz, 880-915 MHz, 925-960 MHz, 1710-1785 MHz, 1805-1880 MHz, 1900-1980 MHz,

2010-2025 MHz, 2110-2170 MHz, 2,5-2,69 GHz y 3,4-3,8 GHz.

2. De nuevo se ha de citar el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Este real decreto ley, convalidado por la Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de abril del 2012 (BOE núm. 102, 28.4.2012), transpone al ordenamiento español la Directiva 2009/136/CE, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, y la Directiva 2009/140/CE por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, la Directiva 2002/19/CE y la Directiva 2002/20/CE. Entre las modificaciones más significativas de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, destacan la ampliación a tres años del periodo de revisión del análisis de los mercados efectuado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando los mercados ya hayan sido notificados a la Comisión y la eliminación de la obligación de los operadores con poder significativo en el mercado de ofrecer la facilidad de selección y preselección de operador, sin perjuicio de las obligaciones impuestas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tras el correspondiente análisis de mercado o la imposición legal de la portabilidad de cualquier número del Plan Nacional de Numeración en un día hábil.

Sección elaborada por

el Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

Las operaciones de concentración de canales de televisión en España desde la óptica del derecho de la competencia	18
– Mosaico	2
 Noticias Prácticas prohibidas Control de concentraciones 	2
- BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	2

Las operaciones de concentración de canales de televisión en España desde la óptica del derecho de la competencia

Ricardo Alonso Soto

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

Durante los últimos dos años se han producido en nuestro país diversas operaciones de concentración de canales de televisión que, por sus dimensiones, se han visto sometidas al procedimiento de control de concentraciones previsto en la legislación de defensa de la competencia; alguna de ellas está todavía pendiente de resolución.

El objeto del presente trabajo es analizar los principales problemas planteados por las mencionadas operaciones de concentración y las soluciones adoptadas por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en dichos casos.

1. Concentración Telecinco/Cuatro

1.1. Se trata de una operación de concentración entre las cadenas de televisión Telecinco y Cuatro, que supone la unión de dos de los principales operadores de televisión en abierto en España.

A la hora de analizar esta operación desde la óptica del derecho de la competencia hay que tener presente que, junto con la operación descrita, se había planteado también la posibilidad de que Telecinco adquiriera con Telefónica y Prisa el control conjunto del canal Digital+.

1.2. Esta operación de concentración afectaba principalmente a los siguientes mercados de producto relacionados con la actividad televisiva que se consideran relevantes a estos efectos: a) el mercado de producción de contenidos audiovisuales; b) el mercado de comercialización de contenidos; c) el mercado de edición, comercialización y distribución de canales de televisión, y d) el mercado de la televisión y la publicidad. No obstante, estos mercados se encuentran fuertemente interrelacionados, de modo que en el caso de una operación de concentración de empresas o canales de televisión puede verse afectada toda la cadena de valor del sector audiovisual relacionada con la televisión, que va desde la producción de los contenidos audiovisuales hasta su visión por el espectador final.

En la cúspide de esta cadena de valor se sitúan las actividades de producción de los distintos contenidos audiovisuales que dan lugar a la creación de películas, series, acontecimientos deportivos, noticias o programas de televisión que posteriormente son emitidos por los distintos canales televisivos. En la mayoría de los casos los productores son independientes de los editores de los canales, que configuran la programación de éstos a partir de la suma de diversos contenidos ordenados para su emisión en continuidad. No obstante, en algunos ámbitos, especialmente en lo referido a la producción de noticias y programas de televisión, el propio editor del canal actúa como productor y utiliza medios propios para generar el contenido audiovisual que luego va a retransmitir.

La comercialización de los contenidos audiovisuales está situada un escalón por debajo en la cadena de valor de su producción y puede ser realizada por el productor de estos contenidos o por un tercero al que el productor le encomiende su distribución. (En este mercado existe una particularidad en relación con la comercialización de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, pues en estos casos el oferente original del contenido es la entidad u organización deportiva). Generalmente, el productor del contenido audiovisual suele ceder su comercialización a un distribuidor que se ocupa de venderlo a los distintos editores de canales de televisión. Este distribuidor puede ser una empresa del propio grupo del productor o un tercero independiente. El sistema de comercialización de los distintos contenidos audiovisuales puede ser diferente según la naturaleza del contenido (películas, deportes, series, etc.). En el caso de las películas, éstas se pueden emitir en sucesivas ocasiones, fijándose un precio distinto según la lejanía de la fecha de emisión televisiva de la película respecto a la fecha de su estreno en cines, así como su modalidad de emisión, ya sea dentro de la parrilla de un canal de televisión (emisión lineal) o mediante sistemas de acceso puntual de los espectadores (emisión no lineal).

Una vez configurada la programación de un canal de televisión, el editor de dicho canal tiene dos opciones, que no son necesariamente excluyentes: la primera sería la oferta de emisión en abierto, que se emite en TDT,

y donde los oferentes son titulares de las licencias de emisión en TDT, que habilitan para emitir canales de televisión editados por el propio grupo o por terceros; la segunda sería la oferta de televisión de pago, que se caracteriza por exigir una cuota de abono o un pago puntual por el acceso a cada contenido. En ambos casos el objetivo final es atraer telespectadores, aunque se utilizan modelos de negocio muy distintos. En el caso de la televisión en abierto, la mayoría de los ingresos se obtienen mediante la publicidad, por lo que se busca maximizar la audiencia. En la televisión de pago, en cambio, la fuente fundamental de ingresos son las cuotas de abono, por lo que la prioridad es atraer el mayor número de abonados, para lo que es muy importante contar con contenidos audiovisuales atractivos. Los editores pueden utilizar para la emisión medios tecnológicos pertenecientes a su propio grupo empresarial (caso del cable o TV-IP) o pueden contratar con terceros el transporte y la difusión de la señal de canales de televisión (como es el caso de la televisión digital terrestre —TDT— y del satélite). Además, en el caso de la televisión de pago, esto exige también contar con un sistema de acceso condicional y descodificación que permita acceder a los canales de televisión de dicha oferta únicamente a los abonados.

Finalmente, el editor del canal, una vez que se ha asegurado que éste va a ser emitido dentro de una oferta de televisión, puede ofrecer, directamente o por medio de terceros, espacio televisivo para la emisión de publicidad. Si este canal de televisión cuenta con un elevado número de telespectadores a lo largo de toda su programación, tendrá una mayor capacidad de atraer demanda para sus espacios publicitarios televisivos.

Desde un punto de vista geográfico, se considera que los distintos mercados de producto definidos anteriormente tienen una dimensión estrictamente nacional debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores ha de tener en cuenta factores lingüísticos, culturales y reguladores, aunque existe alguna excepción, como el mercado de producción cinematográfica, que se considera mundial.

- 1.3. Desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia, la operación de concentración entre Telecinco y Cuatro planteaba diversos problemas en los mercados de la publicidad y de la adquisición de contenidos audiovisuales; pueden sintetizarse del siguiente modo:
 - En el mercado de la publicidad televisiva, dada la audiencia total de los canales cuya publicidad gestionaría Telecinco tras la operación de concentración, si tal

publicidad se comercializase de forma conjunta, se podría convertir en imprescindible para los anunciantes.

— En el mercado de la adquisición de contenidos audiovisuales se produciría el reforzamiento del poder negociador de la entidad resultante de la concentración a la hora de comprar estos contenidos, lo que afectaría tanto a los competidores de Telecinco en el mercado de televisión en abierto como a las empresas proveedoras de contenidos de menor tamaño.

Estos problemas se agravarían en el caso de que Telecinco adquiriese la condición de accionista de control de Digital+, puesto que podría utilizar su presencia simultánea en los mercados de televisión de pago y televisión en abierto para acaparar contenidos audiovisuales.

- 1.4. Para paliar los problemas detectados, Telecinco presentó unos compromisos —que fueron considerados adecuados por la CNC—que limitan su autonomía comercial a la hora de gestionar la publicidad televisiva y adquirir contenidos audiovisuales y que comentamos a continuación.
 - Un primer bloque de compromisos referido al mercado de la publicidad televisiva, entre los que destacan:

Primero: Telecinco no venderá mediante un mismo paquete comercial la publicidad de los dos canales de televisión en abierto de mayor audiencia de entre los que gestiona, con la condición adicional de que la audiencia conjunta de los canales de televisión incluidos en cada paquete comercial no sea superior al 22 %.

Segundo: Telecinco no desarrollará políticas de venta vinculada a los anunciantes de sus distintos paquetes comerciales de publicidad televisiva.

Estos compromisos favorecen la posibilidad real de que los anunciantes puedan seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante. Además, se limita la dimensión máxima de los paquetes de publicidad televisiva ofertados por Telecinco a un nivel adecuado para evitar que ésta se convierta en indispensable para un número significativo de anunciantes.

 El efecto de los anteriores compromisos en el mercado de la publicidad televisiva se refuerza con los siguientes: Tercero:

Telecinco se compromete a rescindir sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros y a no firmar nuevos acuerdos de este tipo. En el caso de la publicidad de los canales de televisión de pago, Telecinco se compromete a mantener la situación preexistente de gestión de la publicidad de los canales de televisión de pago de terceros mediante una empresa separada y con políticas comerciales diferenciadas.

Cuarto:

Para evitar que los vínculos estructurales de Telecinco con Prisa y Telefónica en Digital+ afecten al mercado de la publicidad televisiva, Telecinco se compromete, mientras coincida en el accionariado de Digital+ con Prisa o Telefónica, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar condiciones de mercado a sus socios si le contratan publicidad.

 Un segundo bloque de compromisos que sirven para limitar el refuerzo de Telecinco en el mercado de la televisión en abierto, lo que garantiza también, de forma indirecta, la competencia en el mercado de publicidad televisiva:

Quinto:

Telecinco se compromete a no ampliar su oferta de canales de televisión en abierto mediante el arrendamiento de canales de TDT pertenecientes a terceros operadores.

Sexto:

Telecinco se compromete a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión que puedan querer lanzar sus competidores, Net y La Sexta, con los que la entidad resultante comparte múltiples de TDT hasta el 2015.

Séptimo: Adicionalmente, Telecinco asume, bajo ciertas condiciones, mantener la política actual de cesión gratuita de sus canales de televisión en abierto a las plataformas de televisión de pago.

 Un tercer bloque de compromisos dirigidos a contrarrestar su poder como demandante de contenidos audiovisuales:

Octavo:

Telecinco se compromete a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o de prórroga. De esta manera, se posibilita que los derechos exclusivos que haya adquirido o pueda adquirir Telecinco sobre generadores de contenidos (por ejemplo productoras de películas y series) salgan de forma periódica al mercado. Asimismo, Telecinco limita a cinco años el periodo en el que puede explotar una determinada película en exclusiva y por televisión en abierto.

Noveno:

Telecinco se compromete a restringir su capacidad de excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto.

Por otra parte, para hacer frente a los efectos que generarían los vínculos estructurales de Telecinco con Prisa y Telefónica en Digital+, Telecinco asume límites absolutos a su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, tales como cines y series de estreno de grandes estudios cinematográficos y los principales eventos deportivos. Estos límites absolutos están ligados a la condición de accionista de control de Telecinco en Digital+ y servirán para evitar que Telecinco utilice su presencia simultánea en televisión de pago y televisión en abierto para acaparar contenidos audiovisuales de televisión en abierto.

1.5. La operación de concentración fue aprobada por la Comisión Nacional de la Competencia al considerar que los compromisos presentados por Telecinco solucionaban los problemas de competencia detectados (Resolución de 30 de junio del 2010).

La resolución estableció que los compromisos tendrían una duración inicial de tres años, prorrogable por otros dos si no se modificaban las circunstancias de mercado que los hicieron necesarios.

Para posibilitar el eficaz cumplimiento y la vigilancia de estos compromisos, el Consejo de la CNC impuso asimismo a Telecinco la obligación de presentar, en el plazo de un mes desde que la resolución fuese ejecutiva, un plan de actuaciones en el que se detallasen entre otras cuestiones las medidas que habría de adoptar Telecinco para

implantar los compromisos asumidos y su calendario.

Como dato adicional hay que señalar que Telecinco ha incumplido este plazo y, en consecuencia, el Consejo de la CNC le ha impuesto una multa de 3 600 000 euros.

Acuerdo para la adquisición por Telecinco, Prisa y Telefónica del control conjunto de Digital+

- 2.1. Como ya se ha indicado anteriormente, en paralelo con la operación anterior, se había planteado también la adquisición por Telecinco, Prisa y Telefónica del control conjunto del canal Digital+.
- 2.2. Hay que señalar a este respecto que las empresas implicadas en ambas operaciones de concentración desempeñan un importante papel como demandantes de contenidos audiovisuales, especialmente de películas, series y deportes, y tienen presencia también en el mercado conexo de la producción de contenidos de televisión, por lo que los acuerdos de cooperación firmados por Prisa, Telefónica y Telecinco en el marco de tales operaciones constituyen un importante incentivo para la coordinación de estrategias competitivas de estas entidades en los distintos mercados del sector audiovisual en España en el caso de ejecutarse ambas operaciones de concentración y pueden generar efectos restrictivos de la competencia en los citados mercados.
- 2.3. A la vista de este planteamiento, Telefónica y Telecinco desistieron de tomar el control conjunto de Digital+ renunciando a su derecho de veto de las decisiones de su consejo de administración sobre la aprobación del presupuesto y del plan estratégico y, en consecuencia, dejaron sin efecto esta última operación de concentración.

Ante el desistimiento de los notificantes, la CNC acordó el archivo del expediente (Resolución de 10 de noviembre del 2010).

La cadena de televisión La Sexta recurrió esta resolución de la CNC por considerar que, pese a la renuncia mencionada, seguía existiendo una situación de control conjunto de Digital+por parte de Prisa, Telefónica y Telecinco. La Audiencia Nacional desestimó el recurso y confirmó la resolución de la CNC (Sentencia de 27 de junio del 2012).

3. Concentración Imagina/La Sexta

3.1. En el mes de enero del 2012 se notificó a la CNC la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Imagina Media Audiovisual, S. L. (Imagina), del control exclusivo de Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S. A. (La Sexta).

Imagina es un holding empresarial español del sector de producción audiovisual nacido en el 2006 como consecuencia de la integración de las productoras Grupo Árbol (actualmente Globomedia) y Mediapro. Imagina es un grupo audiovisual independiente dedicado principalmente a la creación y producción de contenidos audiovisuales tanto para cine como para televisión, con presencia tanto en España como a nivel internacional.

- 3.2. Aunque está pendiente de resolución la operación de concentración por la que Antena 3 adquiere el control exclusivo de La Sexta, que de llevarse adelante implicaría la venta por Imagina de su participación en La Sexta, esta circunstancia no implica que la modificación previa en la estructura de control de La Sexta deje de tener un carácter permanente a efectos del control de concentraciones.
- 3.3. Los mercados afectados por esta operación de concentración son los siguientes:
 - a) El mercado de adquisición y reventa de derechos audiovisuales de partidos de fútbol de la Liga y de la Copa de S. M. el Rey. Hay que señalar a este respecto que en España existen cuarenta y dos clubes de fútbol de primera y segunda división y en las tres últimas temporadas Imagina, por medio de Mediapro, ha adquirido los derechos audiovisuales de los partidos de fútbol de la Liga y de la Copa de S. M. el Rey de treinta y ocho clubes en las temporadas 2009/2010 y 2010/2011, lo que supone un 90,4 % de cuota de mercado, y de treinta y nueve clubes en la temporada 2011/2012, lo que supone un 92,8 % de cuota de mercado. Por otra parte, en las tres últimas temporadas Imagina, a través de Mediapro, es la única empresa que opera como oferente en el mercado de reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de la Liga y de la Copa de S. M. el Rey como consecuencia, o bien de ser titular de estos derechos, o bien de disponer de ellos mediante acuerdos de puesta en común con otros operadores audiovisuales.

En este mercado la demanda está compuesta por los distintos operadores de televisión que desean adquirir los distintos paquetes de derechos —tanto para televisión en abierto como para televisión de pago— que comercializa Mediapro. En este aspecto, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, una parte de los partidos de la Liga y de la Copa de S. M. el Rey de fútbol son retransmitidos por La Sexta en

abierto y otra parte por Gol TV (controlada por Imagina) en televisión de pago.

b) El mercado de producción móvil de señales de televisión es un mercado de servicios que se prestan por unidades móviles de producción que se utilizan para grabar eventos deportivos o de otro tipo (conciertos, acontecimientos sociales o políticos) en directo y generar una señal de TV en el lugar en el que se producen. Las unidades móviles se usan para actos en el exterior o para la producción de programas en un estudio cuando éste no posee todos los medios necesarios. En este mercado, el único coste significativo para los operadores presentes en él es la adquisición de la unidad móvil.

Existen dos tipos de operadores en este mercado. Por una parte, las televisiones de ámbito nacional y autonómico, que prestan estos servicios para sus propias actividades de producción (autoprestación) y, por otra parte, los operadores independientes que prestan servicios a las televisiones cuando hay exceso de demanda o para cubrir acontecimientos específicos. Dentro del ámbito de las televisiones, estos servicios son autoprestados por las principales cadenas: TVE, Antena 3, Telecinco, Canal Sur, etc. En cuanto a operadores independientes que prestan estos servicios, además de Imagina, que opera a través de Mediapro, se encuentran Telefónica, Videoreport, VaV e Infinia. En muchos casos la prestación del servicio se hace combinando los recursos de la cadena de televisión con los del operador independiente al ser insuficiente el número de unidades móviles pertenecientes a la cadena para poder cubrir el evento considerado. La cuota de mercado de Imagina oscila entre un 20 % y un 30 %.

c) El mercado de servicios mayoristas de transporte ocasional de la señal audiovisual por satélite. Estos servicios tienen por objeto el transporte ocasional de las señales audiovisuales vía satélite desde los lugares donde se graban hasta los centros de propagación a partir de los cuales se difunden a los usuarios finales.

Imagina está presente en este mercado de transporte ocasional por medio de Overon, una empresa en participación con Abertis, cuya cuota de mercado sería del 46 %. En este mercado, el competidor más importante es Telefónica, con una cuota de entre el 20 % y el 30 %.

3.4. La CNC ha considerado que la operación de concentración de referencia no da lugar a solapamiento horizontal entre las partes en ninguno de los mercados afectados, ya que supone un paso de control conjunto a control exclusivo sobre La Sexta por parte de Imagina. Tampoco se producen solapamientos de tipo vertical, de modo que la operación no modifica la situación anterior a la operación de concentración. Por otra parte, Imagina ya poseía el control de La Sexta y Televisa no tenía otra presencia significativa en España que a través de La Sexta, por lo que la operación notificada no tendrá efectos notables sobre la competencia efectiva en los mercados afectados.

A la vista de lo anterior, la CNC estima que no es previsible que la operación notificada vaya a suponer un obstáculo a la competencia en los mercados afectados (Resolución de 8 de febrero del 2012).

4. Concentración Antena 3/La Sexta

- 4.1. Se trata de una operación de concentración entre las cadenas de televisión Antena 3 y La Sexta, similar a la primeramente descrita en este trabajo.
- 4.2. Dado que Antena 3 y La Sexta son dos de los principales operadores de televisión en abierto en España, la CNC ha estimado que la operación de concentración podría reforzar el poder de Antena 3 frente a los anunciantes en el mercado de la publicidad televisiva como consecuencia de la desaparición de La Sexta y de la gestión unificada de su publicidad con Antena 3.

Asimismo, la operación de concentración podría favorecer que las empresas Mediaset y Antena 3 actuaran de forma coordinada en el mercado de la publicidad televisiva, en perjuicio de la competencia.

Por otra parte, como consecuencia del mayor peso de Antena 3 en el mercado de la publicidad televisiva, así como del mayor número de canales de los que dispondría, se podría reforzar su poder de negociación en la adquisición de los contenidos audiovisuales de mayor atractivo, lo que podría afectar a la capacidad competitiva de otros operadores de televisión en abierto y de los editores y productores de contenidos audiovisuales de menor tamaño.

4.3. A la vista de las consideraciones anteriores y ante la posibilidad de que la operación de concentración genere posibles obstáculos para la competencia efectiva en distintos mercados audiovisuales, la CNC ha acordado abrir la segunda fase del expediente de control de concentraciones (Resolución de 21 de marzo del 2012). Teniendo en cuenta que esta operación de concentración plantea problemas similares a los de la fusión de Telecinco con La Cuatro, presumiblemente se obtendrá un resultado equivalente.

5. Conclusión

De lo expuesto se desprende que la CNC ha llevado a cabo en todos los casos una cuidadosa delimitación de los mercados relevantes que podrían resultar afectados por las operaciones de concentración; ha analizado seguidamente los efectos restrictivos de la competencia que podrían

comportar las citadas operaciones de concentración —especialmente los relativos a la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados relevantes— y, finalmente, cuando ha detectado la posibilidad de que se produjeran algunos de estos efectos, ha autorizado las concentraciones de manera condicional, esto es, imponiendo a la empresa resultante determinadas obligaciones que incorporan los compromisos presentados por las partes para solucionar o mitigar los problemas de competencia detectados durante el procedimiento de control, compromisos que han sido considerados adecuados para tal finalidad por la CNC.

Mosaico

Noticias

Protección de la información presentada con las solicitudes de clemencia en el contexto del ejercicio de las acciones civiles de daños y perjuicios

Las autoridades europeas de competencia pertenecientes a la European Competition Network han adoptado una posición común sobre la importancia de otorgar una protección adecuada a la información que se proporciona en las solicitudes de clemencia cuando se pretenda utilizar dicha información en los procedimientos judiciales de reclamación de daños y perjuicios.

La resolución adoptada en la reunión de responsables de las autoridades europeas de competencia de 23 de mayo del 2012 establece que la información proporcionada en el marco de la solicitud de clemencia (declaración de los solicitantes y testimonios de los trabajadores y administradores y directivos de las empresas que cooperan dentro del programa) debe estar protegida frente a su divulgación en la medida necesaria para garantizar la eficacia de los programas de clemencia cuando se plantee su utilización en los procesos civiles de reclamación de daños y perjuicios contra los autores de prácticas colusorias restrictivas de la competencia.

Posición de la CNC en relación con el Real Decreto Ley 19/2012, de Medidas Urgentes de Impulso del Comercio

Aunque la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) no ha tenido oportunidad de pronunciarse formalmente sobre el contenido de este real decreto ley, ha considerado oportuno, dada su importancia, manifestar públicamente su opinión sobre las implicaciones de esta nueva norma en su versión finalmente aprobada.

La CNC estima muy positivo el avance en la inexigibilidad de licencias previas de instalación, funcionamiento o actividad que condicionan el ejercicio de la actividad comercial minorista y de servicios a la obtención de una autorización administrativa. Esta medida supone además un paso importante en el ejercicio de las competencias en materia de regulación básica que establece el artículo 149.1 de la Constitución Española.

Si bien la Ley 25/2009 de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 2/2011 de Economía Sostenible habían dado pasos significativos para aligerar las cargas a las que había que hacer frente para la instalación de establecimientos de comercio minorista, persistían aún determinadas trabas en las normativas local y autonómica que dificultaban la apertura de

establecimientos y el ejercicio de actividades profesionales o que generaban cargas excesivas para los interesados, que no parecían ni estar justificadas ni ser proporcionadas. Por ello, en la medida en que el real decreto ley establece la inexigibilidad de licencia y su sustitución por una declaración responsable o comunicación previa, se mitigan las trabas y cargas a las que deben hacer frente los interesados en poner en marcha una actividad comercial minorista. En definitiva, el contenido del real decreto ley se considera oportuno y necesario. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que habría resultado conveniente que la norma hubiera propiciado ulteriores avances en relación con las licencias de apertura o instalación, como, por ejemplo, eliminar algunos requisitos que tienen un contenido indeterminado, aclarar y limitar las razones de interés general que pueden alegarse para impedir la instalación de establecimientos comerciales o ampliar el umbral de superficie útil de venta establecido para la eliminación de la licencia previa. Asimismo se insta al legislador para que adopte un enfoque lo menos restrictivo posible de las actividades que se pueden beneficiar de la no exigencia de licencia previa, excluyendo solamente aquellas en las que el control a priori resulte justificado, de modo que se facilite en mayor medida la apertura de nuevos establecimientos comerciales y el acceso a la actividad comercial por parte de los operadores interesados.

En la medida en que las restricciones anteriores afectan particularmente al sector comercial, la CNC quiere aprovechar esta oportunidad para volver a demandar que, con la mayor brevedad posible y tal como se deduce del Programa Nacional de Reformas 2012, el Gobierno modifique la regulación estatal sobre horarios comerciales y apertura en días festivos de forma que pueda favorecer en mayor medida la efectiva liberalización de tales aspectos. De la misma manera debería aprovecharse tal modificación para eliminar la regulación de los periodos de rebajas y de la venta con pérdida de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

La CNC hace público su informe sobre los colegios profesionales tras la transposición de la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior

La Comisión Nacional de la Competencia ha hecho público un informe sobre los colegios profesionales tras la transposición de la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior en el que recomienda que se lleve a cabo la adaptación de las legislaciones autonómicas y de las normas internas colegiales al nuevo marco normativo estatal y que se aclare la delimitación de las profesiones que puedan estar sujetas al régimen excepcional de colegiación obligatoria.

El informe reconoce que en los últimos años se ha llevado a cabo una profunda reforma del régimen que regula las actividades profesionales en España para adaptarlo a las exigencias de dicha directiva. Ello ha propiciado, en términos generales, un marco moderno y favorecedor de la competencia en la prestación de servicios profesionales en la legislación estatal. Sin embargo, este marco moderno no ha sido trasladado íntegramente a la actividad cotidiana de los colegios profesionales. En este sentido, el informe constata que, pese a las reformas operadas en la normativa básica estatal, el nuevo marco no ha sido asumido por dichos colegios, cuyas normas internas siguen reflejando o favoreciendo numerosas restricciones de la competencia. Esta situación se ve influida por el hecho de que muchas legislaciones autonómicas no se han adaptado a los cambios de la normativa básica estatal, lo que puede debilitar la unidad de mercado con respecto al ejercicio profesional dentro del territorio nacional. Adicionalmente el informe considera inacabada la reforma operada en el marco legal estatal, pues queda pendiente delimitar, con carácter unitario para todo el Estado, cuáles son las profesiones para las que debe exigirse la colegiación obligatoria como requisito para poder ejercer.

A la luz del análisis efectuado en este informe, la CNC considera pertinente llevar a cabo determinadas recomendaciones para un funcionamiento adecuado del sector de los servicios profesionales: en primer lugar, insta a los colegios profesionales a revisar sus normas internas de funcionamiento (estatutos, códigos deontológicos, reglamentos de régimen interior, etc.) para adecuarlas al nuevo marco normativo y evitar elementos que puedan restringir la competencia en los mercados al limitar el acceso a las actividades profesionales o la libertad comercial en la prestación de los servicios profesionales. En segundo lugar, insta a las comunidades autónomas a revisar sus normativas reguladoras de los servicios profesionales para asegurar su total coherencia con las reformas operadas en la legislación básica estatal. En tercer lugar, se recomienda al Gobierno que establezca de manera justificada un catálogo único para todo el territorio nacional de las profesiones que deben quedar sujetas a colegiación obligatoria a fin de evitar la dispersión existente en la actualidad entre territorios y la existencia de obligaciones de colegiación injustificadas. Finalmente recomienda al Gobierno y a las comunidades autónomas que, en aquellos casos en que se mantenga la colegiación voluntaria, eviten la atribución

a los colegios profesionales de funciones que puedan dar lugar a distorsiones de la competencia.

La CNC incoa expediente sancionador contra diversos toreros

La Comisión Nacional de la Competencia ha acordado la incoación de un expediente sancionador contra la empresa All Sports Media 66 S. L., y diez importantes toreros por haber acordado la gestión conjunta de los derechos de retransmisión televisiva de corridas de toros en las que participen estos toreros, contratos que podrían restringir la competencia en España en cuanto a la celebración de corridas de toros y a su difusión por televisión.

La CNC incoa expediente sancionador contra una sociedad de notarios

La CNC ha incoado un expediente sancionador contra los tres únicos notarios de la ciudad de Ceuta por una posible conducta anticompetitiva que consistiría en ejercer su actividad de forma conjunta a través de la sociedad Notaría Ceuta, S. C., constituida por ellos y de la que son socios, en un único despacho abierto al público, eliminando de este modo toda posible competencia entre sí.

La Comisión Europea publica su informe anual sobre competencia

La CE ha publicado el informe anual sobre competencia correspondiente al año 2011.

El informe analiza la política de competencia en el contexto de la actual crisis económica y resalta la contribución de la política de ayudas estatales a la estabilidad financiera y el importante papel de la competencia para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Programa Europa 2020; destaca su particular incidencia sobre los servicios de interés económico general, así como sobre el crecimiento, el empleo y la competitividad.

Por lo que respecta a la lucha contra las prácticas anticompetitivas, la labor de la Comunidad Europea se ha centrado, por una parte, en mejorar el funcionamiento de la competencia en el mercado de sectores claves de la economía como el de las industrias en red y el transporte aéreo y, por otra, en la promoción de una cultura de competencia dirigida a los Estados, las empresas y los consumidores.

Prácticas prohibidas

Sanción a Suzuki y a varios de sus concesionarios por acuerdos en la distribución de motocicletas de dicha marca

La CNC ha dictado una resolución en la que declara la existencia de una práctica colusoria entre Suzuki Motor España, S. A., y varios de sus concesionarios de las provincias de Madrid y Granada (Resolución de 27 de marzo del 2012). El Consejo de la CNC ha considerado acreditado que los concesionarios de Madrid y de Granada adoptaron acuerdos de fijación de los precios mínimos de reventa de las motos de la marca Suzuki,

de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que éstos efectúan, así como de otras condiciones comerciales (por ejemplo, las promociones), con el conocimiento preciso y el consentimiento y apoyo expreso de Suzuki. La resolución precisa que estos acuerdos tienen aptitud para restringir gravemente la competencia intramarca al afectar al precio de reventa y a todos los parámetros mediante los cuales se ejerce esa competencia (márgenes comerciales, promociones, etc.). En el caso de Madrid, el acuerdo habría abarcado incluso otro elemento importante de la competencia entre los distribuidores, como es el precio de reventa de las piezas de recambio originales en sus talleres de reparación.

La CNC recuerda que la estrategia concertada de los concesionarios en respuesta a la amenaza de una guerra de precios ha impedido que el libre funcionamiento del mercado proporcione una solución menos lesiva para los intereses de los consumidores y para un ajuste eficiente de la oferta. En efecto, la fijación del precio de reventa no solo impide que el consumidor pueda beneficiarse del exceso de oferta creado por la crisis del sector, sino que también elimina los incentivos a que los distribuidores recompongan sus márgenes reduciendo los costes mediante una gestión más eficiente de su actividad. La fijación de un techo para las comisiones de los agentes dificulta asimismo el crecimiento de los operadores más eficientes y, por lo tanto, la obtención de una mayor diversidad de la oferta para los consumidores.

La conducta descrita constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y por ello la resolución impone las siguientes multas: a Suzuki Motor España, S. A., 816 817 euros; a Motorbike World Granada, S. L. (JMOTO), 77 963 euros; a Motos Andrés, S. L., 123 658 euros; a Dyte Móvil, S. L., 11 504 euros; a Motofunción, S. L., 131 318 euros; a Motorecambios y Accesorios, S. L. (MOTOREAC), 119 359 euros; a Saimoto Motor, S. L., 103 056 euros; a Motorrad Centro, S. L., 38 614 euros; a Motosport Villalba, S. A., 12 848 euros, y a Codismoto, S. L., 22 322 euros.

Fijación de precios por asociaciones de almacenistas de hierro

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto sendas multas de 250 000 euros a la Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura (AAHE) y a la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE) por su decisión de adoptar una estrategia de fijación de precios de los productos comercializados por sus asociados (Resolución de 14 junio del 2012).

El expediente sancionador se abrió porque, en el transcurso de una inspección domiciliaria en la sede de la UAHE, la Dirección de Investigación de la CNC intervino unos correos electrónicos enviados por el presidente de la Asociación a la secretaria general de la Unión en los que se explicitaban determinadas decisiones para fijar los precios de los productos de sus

asociados extremeños. La CNC considera que tanto la AAHE como la UAHE han participado en una única infracción consistente en una decisión adoptada en el seno de la AAHE para subir los precios de los productos siderúrgicos comercializados por sus asociados con la aquiescencia y colaboración de la UAHE. Ello constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La CNC considera restrictivo el mecanismo de subrogación de trabajadores en el sector de transporte y manipulado de fondos

La Resolución de la CNC de 27 de marzo del 2012 se pronuncia sobre la denuncia presentada por la empresa Blindados Grupo Norte, S. A., contra las principales asociaciones empresariales del sector de la seguridad (APROSER, FES, AMPES, ACAES) y contra los sindicatos FES-UGT y FTSP-USO por haber firmado el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, en el que establecían mecanismos para la subrogación de los trabajadores en los servicios de transporte y manipulado de fondos que, por su indefinición y la desconexión existente entre el sistema previsto y las necesidades reales de personal que en caso de adjudicación de servicios de transporte y manipulado de fondos vaya realmente a precisar la nueva adjudicataria del servicio, constituyen auténticas barreras de entrada en el sector de las empresas de seguridad, dificultando que la adjudicación de nuevos contratos resulte rentable para las empresas. La forma concreta en la que está diseñado el citado mecanismo de subrogación es susceptible de distorsionar la competencia porque la empresa que hace la oferta a un cliente público o privado para obtener un contrato no sabe realmente el coste laboral que deberá soportar si la oferta es aceptada, lo que desincentiva a los operadores a competir por los clientes de manera efectiva en un mercado cuya oferta se encuentra muy concentrada en manos de un número muy limitado de empresas.

La CNC considera que las cláusulas de subrogación de trabajadores no tienen por objeto la restricción de la competencia. En efecto, tales acuerdos buscan garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de empresa que gestiona una contrata, de modo que, en principio, no les será aplicable la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, el particular diseño del mecanismo de la subrogación en el presente caso, constituye un acuerdo con aptitud para obstaculizar la competencia efectiva en el mercado de transporte y manipulado de fondos y, por tanto, resulta contrario al citado artículo.

La resolución declara responsables de la infracción a los sindicatos y asociaciones empresariales firmantes del acuerdo. No obstante, dado el carácter novedoso de la infracción declarada, ha decidido no imponer sanción a los sindicatos e imponer a las asociaciones empresariales una sanción meramente simbólica.

La CNC impone multas a dos asociaciones de informadores gráficos por elaborar un regimen tarifario mínimo

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto sendas multas a la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión y a la Unió de Professionals de la Imatge i la Fotografia de Catalunya-Sindicat de la Imatge por haber acordado la aplicación en todo el territorio nacional de un régimen tarifario de precios mínimos recomendados y otras condiciones de comercialización de los servicios prestados por los informadores gráficos a empresas y particulares, que son objetivamente aptos para incrementar el coste de los servicios profesionales (Resolución de 29 de mayo del 2012).

La resolución recuerda que las decisiones sobre precios del servicio ofertado, en tanto que principal factor de competencia en el mercado, deben ser adoptadas de forma autónoma e individual por cada profesional del mercado en función de su previsión individual de costes y beneficios. El ejercicio de esta libertad económica, esencial a todo mercado en régimen de libre competencia, queda gravemente afectado cuando, desde asociaciones o colectivos de operadores económicos, se acuerda recomendar comportamientos de homogeneización de precios y condiciones comerciales de contratación.

Abuso de posición dominante de las entidades de gestión AGEDI y AIE

La Resolución del Consejo de la CNC de 14 de junio del 2012 sanciona a las entidades de gestión AGEDI y AIE con multas de 1 944 000 euros y de 1 354 000 euros por haber abusado de su posición dominante en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual (Resolución de 14 de mayo del 2012).

La CNC considera que las tarifas generales fijadas por AGEDI y AIE y exigidas desde el 2003 a los operadores de televisión deben ser calificadas como unas tarifas inequitativas al no responder a criterios que establezcan de alguna forma una relación de equidad con el valor de la prestación realizada, es decir, con el valor del fonograma «usado» por el operador de televisión en la emisión de su programación. Las citadas tarifas, además, tienen un potencial efecto discriminatorio que se intensifica con la falta de transparencia en los criterios de fijación de las tarifas generales y en las condiciones pactadas con los distintos operadores de televisión. En definitiva, la actuación de AGEDI y AIE está muy alejada de la necesaria transparencia, objetividad y proporcionalidad a la que están obligadas unas entidades que poseen la condición de ser los únicos gestores de unos derechos de propiedad intelectual que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial de los operadores de televisión.

Sanción a Endesa por falseamiento de la competencia por actos desleales

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto a Endesa una multa de 5 475 000 euros por haber

traspasado al mercado libre, sin recabar su consentimiento expreso, a los clientes sin derecho a la tarifa de último recurso que estaban siendo transitoriamente suministrados a un precio regulado por su filial comercializadora de último recurso (Resolución de 11 de junio del 2012).

Estas conductas se enmarcan en el proceso de liberalización del suministro eléctrico y, en particular, del traspaso de los clientes con menor disposición al cambio al mercado libre. A este respecto, el legislador ha adoptado disposiciones normativas específicas para facilitar el acceso de estos clientes al mercado. Tales disposiciones incluyen especiales cautelas que pretenden que las compañías verticalmente integradas no desarrollen estrategias que tiendan a fidelizar a los clientes o a forzar su permanencia en el seno del grupo como consecuencia de asimetrías en la información. En este contexto de migración al mercado libre de los clientes del suministro a tarifa, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 establece la necesidad de contar con el consentimiento expreso del cliente para el cambio.

La CNC considera que esta conducta, que ha afectado a más de 300 000 clientes, infringe el artículo 3 de la LDC por tratarse de una violación de normas que constituye un acto de competencia desleal que falsea la competencia y es susceptible de afectar al interés público.

Multa a Cementos Portland Valderrivas por incumplimiento del deber de colaboración

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto una multa a Cementos Portland Valderrivas por incumplimiento del deber de colaboración con la CNC al haber suministrado información incompleta, incorrecta y falsa en la tramitación del expediente S/0179/09 (Hormigón y productos relacionados).

La Resolución de 31 de mayo del 2012 considera acreditado que la citada empresa suministró una información incompleta, incorrecta y falsa en sus contestaciones a diversos requerimientos de información efectuados por la Dirección de Investigación, tanto en la fase de instrucción como en la de resolución del expediente sancionador, en relación con la estructura de filiales y participadas de la citada empresa en el mercado relevante afectado por la infracción, incumpliendo la obligación impuesta por el artículo 39.1 de la LDC. En consecuencia, la CNC, tras valorar la gravedad de la infracción y su incidencia en el cálculo de la sanción impuesta en el procedimiento anterior, ha resuelto imponer a Cementos Portland Valderrivas, S. A., una sanción de 1 285 649 euros.

Sanción a Endesa por incumplimiento de una resolución del TDC

La CNC ha impuesto a Endesa una sanción por incumplimiento de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 14 de diciembre del 2006 (Resolución de 26 de abril del 2012). En el año 2006 el TDC sancionó a Endesa por abusar de su posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas en la isla de Mallorca. Endesa habría aprovechado su posición de monopolista de las redes de distribución en la isla para distorsionar la competencia en el mercado conexo de las instalaciones no reservadas, en el que también opera en competencia con el resto de los instaladores autorizados. Endesa utilizó la información sobre las solicitudes de suministro a las que tenía acceso privilegiado por su condición de distribuidor para ofertar selectivamente 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 por la parte más atractiva del mercado en situación de mínima igualdad de condiciones en sus zonas de distribución

(Resolución de 14 de diciembre del 2006, confirmada por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 21 de abril del 2008 y por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de febrero del 2011).

En el marco del expediente de vigilancia de cumplimiento de la citada resolución, se ha constatado que Endesa no había atendido la orden de cesación en la conducta, de tal manera que habría seguido durante estos años aprovechando la información privilegiada a la que tiene acceso en su condición de distribuidor para distorsionar la competencia en el mercado de las instalaciones eléctricas en la isla de Mallorca, al enviar junto con las condiciones técnico-económicas del punto de suministro un presupuesto no sólo por las instalaciones reservadas, sino también por las no reservadas. En consecuencia, la CNC ha resuelto imponer a Endesa una multa de 1 037 900 euros.

Control de concentraciones

Durante el primer trimestre del año 2012 se han notificado a la CNC nueve operaciones de concentración, todas ellas conforme a la modalidad de toma de control exclusivo. Ocho de estas operaciones han sido aprobadas en primera fase y una (Ibercaja/Banco Caja Tres) ha sido objeto de archivo.

Sanción a Isolux por incumplimiento del deber de notificación de una operación de concentración

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto al Grupo Isolux una multa de 89 700 euros por haber incumplido el deber de notificación de la operación de compra del Grupo T-Solar Global (Resolución de 10 de abril del 2012).

Expediente sancionador a Verifone por ejecutar una operación de concentración sin haberla notificado previamente

En el mes de noviembre del 2011 la empresa Verifone notificó a la CNC la adquisición del control exclusivo de Hypercom Corporation (Hypercom). La mencionada operación de concentración fue autorizada con condiciones en primera fase (Resolución de 29 de diciembre del 2011). No obstante, al advertir la CNC que Verifone había ejecutado la adquisición de Hypercom antes de haberse notificado la operación de concentración, la Dirección de Investigación ha acordado la incoación de un expediente sancionador contra Verifone por un posible incumplimiento del artículo 9.1 de la LDC, que establece la obligación de notificar una concentración a la CNC con carácter previo a su ejecución.

Breves por sectores (Unión Europea)

Concentraciones

Compañías aéreas

La Comisión Europea autoriza con condiciones la adquisición de British Midlands por IAG

La Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo sobre el control de las concentraciones entre empresas, la adquisición de la compañía aérea británica British Midlands Ltd (bmi) por el International Consolidated Airlines Group (IAG), la compañía holding de British Airways e Iberia. Dicha autorización, sin

embargo, ha sido supeditada por la Comisión al cumplimiento de dos condiciones: *a*) la liberación de catorce franjas horarias diarias en el aeropuerto de Heathrow, y *b*) el compromiso de IAG de hacer posibles las conexiones con los vuelos de larga distancia de sus competidores con origen en dicho aeropuerto. La Comisión ha constatado que, de cumplirse estas condiciones, la operación no impedirá la competencia efectiva y, en consecuencia, la ha autorizado.

Energía

La Comisión Europea remite a la CNC el expediente referente a la empresa conjunta constituida para el suministro de combustible de aviación en el mercado español

Conforme a las disposiciones del mencionado reglamento europeo sobre concentraciones, la Comisión Europea ha remitido a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) la propuesta de adquisición del control conjunto de Shell Aviation España S. L. (SAE) —actualmente controlada en exclusiva por Shell— por Disa Corporación Petrolífera S. A. (Disa) y Shell. En mayo del 2012, la CNC solicitó a la Comisión Europea que le remitiese la evaluación de la propuesta de adquisición de una

participación de control en SAE por Disa. La CNC entendía que podrían existir problemas de competencia en los mercados vinculados con la prestación de servicios de puesta a bordo en las islas Canarias, como los servicios logísticos y de almacenamiento de productos petrolíferos. Además, según la CNC, la operación podría provocar efectos coordinados en los mercados de combustible. La Comisión Europea ha estimado ahora que, conforme a la información de la que dispone, se desprende que la transacción propuesta sólo afectaría a determinados mercados españoles y que la autoridad española se situaría en mejor posición a la hora de examinarla. En consecuencia, la Comisión Europea ha remitido el asunto a la autoridad española y lo ha archivado.

Tecnología

La Comisión aprueba la adquisición de una participación mayoritaria de Sharp Display Products por la sociedad taiwanesa de electrónica Hon Hai

La Comisión Europea (CE) ha autorizado, con arreglo al reglamento europeo de control de concentraciones, la propuesta de adquisición del control conjunto sobre la productora japonesa de pantallas de LCD Sharp Display Products (SDP) —actualmente controlada en exclusiva por Sharp—por Sharp Corporation de Japón y Hon hai de Taiwan. La CE ha examinado los efectos competitivos que tendría la operación, en especial en los mercados de suministro de servicios de montaje electrónico a los fabricantes de equipo originales (conocidos como «OEM») y de suministro de pantallas de televisores de LCD. La Comisión ha

considerado que, si bien SDP actualmente suministra pantallas de televisión de LCD a Sharp en exclusiva, tras la adquisición abastecerá también a terceras partes. Además, otros productores de televisiones y proveedores de servicios de manufacturación electrónica podrán seguir comprando pantallas de LCD a los competidores de SDP, los cuales seguirán teniendo acceso a una clientela suficiente. En general, Hon Hai compra las pantallas de LCD según las órdenes de sus clientes OEM, los cuales continuarán siendo libres de ordenar a ésta que las adquiera de otros proveedores. En vista de los resultados del análisis preliminar, la Comisión Europea ha concluido que la propuesta de adquisición no impide la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo ni en una parte sustancial de éste y ha autorizado la operación.

Telecomunicaciones

Comienzo de la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones para la empresa conjunta de Telefónica, Vodafone y Everything Everywhere

Los resultados de la investigación preliminar de la Comisión sobre el proyecto de creación de una empresa conjunta entre Telefónica, Vodafone y Everything Everywhere han dado lugar a la apertura por parte de la Comisión Europea de la segunda fase del procedimiento del control de concentraciones. Dicha investigación desveló la existencia de potenciales problemas de competencia en los mercados británicos de suministro de

aplicaciones de pago mediante dispositivos móviles (conocidos como «carteras móviles»), de la publicidad móvil y de los servicios de análisis de datos relacionados, en los que la entidad resultante poseería una cuota de mercado muy alta. Asimismo, el análisis de la Comisión ha revelado

que la empresa conjunta tendría la capacidad comercial y técnica, además de incentivos, para bloquear la oferta de este tipo de servicios en el Reino Unido por parte de sus competidores. La Comisión dispone de un plazo de noventa días hábiles para adoptar una decisión final.

Edición musical

Se aprueba con condiciones la adquisición del negocio de edición de música de EMI por Sony y Mubadala

Según la Comisión Europea, la adquisición del negocio de edición musical de la británica EMI conjuntamente por Sony Corporation y Mubadala Development Company PJSC, fondo de inversión con sede social en los Emiratos Árabes, no planteará problemas de competencia siempre que se cumplan los compromisos de desinversión propuestos por ambas empresas, concretamente la desinversión de los derechos que tienen a nivel mundial respecto de las obras incluidas en cuatro catálogos (a saber, Virgin UK, Virgin US, Virgin

Europe y Famous Music UK) y de las obras recientes y futuras de doce autores contemporáneos angloamericanos. Estos compromisos vienen a resolver los problemas detectados con motivo del análisis efectuado por la Comisión, que reveló que la entidad resultante de la transacción adquiriría el poder de mercado suficiente como para controlar la concesión de licencias on line de los éxitos de las listas angloamericanas —las cuales son imprescindibles para cualquier plataforma on line—. La Comisión ha sometido la autorización de la adquisición conjunta al cumplimiento de los compromisos propuestos, los cuales se han mostrado suficientes para resolver los problemas de competencia detectados.

Transporte marítimo

Archivo de la investigación sobre la adquisición de una rama de negocio de Tirrenia por el abandono de la operación por la adquirente

La Comisión Europea ha archivado la investigación abierta en enero del 2012 sobre la propuesta de adquisición de una rama de negocio de Tirrenia, empresa pública italiana activa en el sector del transporte marítimo, por la Compagnia Italiana di Navigazione (CIN), empresa conjunta creada por Grimaldi, Marinvest y Onorato Partecipazioni, principales competidores de Tirrenia. En el marco

de su investigación, la Comisión identificó importantes problemas de competencia derivados de las altas cuotas de mercado que poseería la entidad resultante en diversas rutas marítimas italianas. A la vista de ello, la Comisión decidió empezar la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones. No obstante, la Comisión Europea ha archivado el procedimiento tras el abandono de la operación por la adquirente. Las empresas Grimaldi y Marinvest han salido del capital de CIN y se prevé que Onorato Partecipazioni notifique a la Comisión próximamente una operación similar.

Sector farmacéutico

Aprobada la concentración entre las farmacéuticas americanas Eastman y Solutia

La Comisión Europea ha autorizado la adquisición de Solutia Inc. por Eastman Chemical Company, ambas estadounidenses y activas en el sector farmacéutico. La Comisión ha examinado los efectos que tendría la operación en la relación entre el suministro de ácido 2 etilhexanoico (2-EHA) por Eastman (mercado aguas

arriba) y el suministro de plastificantes para uso en láminas de polivinilo butiral (mercado aguas abajo) y ha concluido que la operación no presentará problemas de competencia dado que la entidad resultante continuará enfrentándose a un número de competidores considerable y los productores de 2-EHA dispondrán aún de clientes alternativos suficientes en el Espacio Económico Europeo. En vista de lo anterior, ha autorizado la operación.

Bienes de consumo

Se aprueba la adquisición de StarBev Holdings por Molson Coors en el sector de la producción y distribución de cerveza

La Comisión Europea ha autorizado la adquisición de StarBev Holdings S. à. r. l., registrada en Luxemburgo y con base en la República Checa, por la Molson Coors Brewing Company, ambas activas en el sector de la cerveza. La investigación de la Comisión se centró en el examen de los efectos que

la operación tendría en el mercado de la producción y distribución de cerveza en el Reino Unido, principal mercado afectado por ella. Dicho examen ha revelado que el incremento de cuota de mercado experimentado como consecuencia de la operación será escaso. Además, continuará existiendo un número importante de competidores en el mercado. En consecuencia, la Comisión ha confirmado que la operación no planteará problemas de competencia y la ha autorizado.

Competencia

Energía

La Comisión Europea admite los compromisos presentados por Siemens y Areva relativos a los mercados de tecnología nuclear

La Comisión ha dotado de fuerza legal a los compromisos presentados por Siemens AG y Areva SA de reducir la duración y los productos afectados por el pacto de no competencia entre ambas empresas para el mercado de tecnologías nucleares. En el 2001, Siemens y Areva crearon la empresa conjunta Areva NP y convinieron una obligación de no competencia que desplegaría sus efectos hasta once años después de la desaparición de la empresa conjunta. Desde el 2009 dicha empresa es controlada en exclusiva por Areva. En diciembre del 2011, la Comisión expresó sus preocupaciones sobre dicha cláusula en la medida en que podía resultar

excesiva e infringir el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual prohíbe los acuerdos anticompetitivos. El problema, según la Comisión, es que la cláusula afectaba a mercados en los que la Areva NP únicamente revendía productos de Siemens y se alargaba en el tiempo más allá de lo necesario. En febrero de este año las partes presentaron sus acuerdos, en los que convinieron limitar la duración del pacto a los tres años posteriores a la adquisición de control de Areva NP sobre los productos y servicios clave de la empresa conjunta y eliminarla completamente para el resto de los productos y servicios. La Comisión, tras una ronda de consultas y comentarios de las partes interesadas, se ha mostrado satisfecha y ha hecho jurídicamente vinculantes tales acuerdos, cerrando así la investigación.

Transporte aéreo

Multa de 169 millones de euros a transportistas aéreos de mercancías por su supuesta participación en cuatro cárteles de fijación de precios

La Comisión ha impuesto multas por un total de 169 millones de euros a catorce grupos empresariales dedicados al transporte aéreo internacional de mercancías por su pretendida participación en cuatro cárteles de fijación de precios y otras condiciones comerciales. Según la Comisión, estas empresas se coordinaron al establecer sus recargos y mecanismos de tarificación, elementos ambos que componen el precio final cobrado a los clientes. Los cárteles afectarían a importantes rutas entre Europa y EE. UU. y entre China/Hong Kong y Europa. Deutsche Post, así como sus filiales DHL y Excel, se acogieron al programa de clemencia y han sido exoneradas del pago de la multa al haber sido las primeras en revelar a la Comisión la existencia de los cárteles. Otras cuatro empresas se han beneficiado de reducciones de entre un 5 % y un 50 %, en función del momento de la solicitud de clemencia y del valor añadido de las pruebas facilitadas, como consecuencia de su colaboración con la autoridad.

Fijaciones para ventanas

La Comisión Europea multa a nueve fabricantes europeos de fijaciones de ventanas por su participación en un cártel de fijación de precios

La Comisión ha impuesto a nueve empresas fabricantes de fijaciones para ventanas establecidas en Alemania, Austria e Italia multas por un total de más de 85 millones de euros por su presunta participación en un cártel entre 1999 y el 2007. En dicho cártel y según la Comisión, las sancionadas acordaron incrementos de precios, los cuales tuvieron un impacto directo sobre los consumidores del Espacio Económico Europeo, dado que el producto afectado es un insumo esencial de las ventanas vendidas en el continente europeo. Según la información de la

Comisión, el cártel se desarrollaría de acuerdo con un patrón constante; así, las empresas se reunirían todos los años para fijar los incrementos de precios y controlarían las acciones llevadas a cabo al objeto de instaurar tales incrementos de forma periódica, bien mediante reuniones, bien mediante contactos entre los representantes de ventas locales. Tres empresas se han beneficiado del programa de clemencia; así, la alemana Roto ha sido exonerada del pago de la multa por ser la primera en facilitar información a la Comisión sobre el cártel y otras dos de las sancionadas han visto reducido el importe de sus multas en un 45 % y un 25 % respectivamente por su colaboración con la Comisión durante la investigación.

Patentes

Motorola es investigada por la Comisión Europea por un presunto abuso de posición dominante

A raíz de las denuncias de Apple y Microsoft, la Comisión ha incoado dos procedimientos contra Motorola Mobility Inc. (cuya adquisición por Google fue autorizada por la Comisión en febrero del 2012) con el objetivo de verificar si ha practicado un uso abusivo de sus patentes contrario a los acuerdos alcanzados con los organismos de estandarización y si, en consecuencia, ha distorsionado la competencia efectiva en el mercado. Motorola se comprometió con estos organismos a acordar licencias sobre sus patentes esenciales en términos justos, razonables y no discriminatorios, garantizando con ello el acceso a dicha tecnología estándar y, en consecuencia, el mantenimiento de la competencia. En concreto, la Comisión investigará si las solicitudes de medidas cautelares de Motorola contra la comercialización de productos estrella de Apple y Microsoft, como iPhone o Xbox, supone un incumplimiento de estos compromisos de licencia y si ello supone un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Internet

Almunia informa sobre el estado del procedimiento incoado por la Comisión Europea contra Google

Joaquín Almunia, comisario al frente de la Dirección General de Competencia, se pronunció el 21 de mayo del 2012 sobre la necesidad de solucionar los problemas de competencia identificados en el curso de la investigación abierta contra Google en noviembre del 2010 por un presunto abuso de posición dominante. En concreto desveló la posibilidad ofrecida por la Comisión a Google para que propusiera soluciones a los problemas identificados hasta el momento, en concreto: a) el posible trato preferente a los enlaces con sus servicios de búsqueda verticales (motores de búsqueda especializados) en detrimento de los de sus competidores; b) la posible

copia de material original de las páginas web de sus competidores; c) la posible imposición de restricciones a la portabilidad de las campañas de publicidad relacionadas con las búsquedas desde su plataforma Ad-Words a otras plataformas de empresas competidoras, y d) la posibilidad de que los acuerdos entre Google y sus socios en páginas web donde despliega publicidad relacionada con las búsquedas puedan suponer una exclusividad de facto. Este procedimiento, que ha sido utilizado en numerosas ocasiones y recientemente en el caso IBM, permite a la empresa investigada presentar soluciones y negociar con la Comisión el establecimiento de un paquete de medidas obligatorias que deberán pasar un examen de mercado en lugar de incoar procedimientos formales y adoptar finalmente tales medidas en el marco de una decisión sancionadora.

Jurisprudencia

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

El Tribunal General ha confirmado la Decisión de la Comisión Europea que declaró que Telefónica había abusado de su posición de dominio en los mercados españoles mayoristas de acceso a internet, desestimando así las pretensiones de anulación de Telefónica y del Reino de España. En su sentencia, el Tribunal ha confirmado que Telefónica impuso precios no equitativos a sus competidores mediante un estrechamiento de márgenes entre los precios de acceso minorista a banda ancha y los de acceso mayorista. Asimismo, ha considerado dominante su posición en los mercados afectados y ha avalado el análisis de la conducta llevado cabo por la Comisión. Además, el Tribunal General ha negado que la Comisión haya incurrido en un error de apreciación, como argumentaban las recurrentes, al concluir que era probable que la conducta de la sancionada reforzase las barreras a la entrada y expansión del mercado. Finalmente, el Tribunal General ha confirmado que la sancionada podía prever que su conducta era contraria a la competencia y que no podía ignorar que el cumplimiento de la normativa sobre telecomunicaciones no la protegía frente a una intervención de la Comisión en materia de competencia.

El Tribunal General de la Unión Europea confirma la prohibición del uso de tasas multilaterales de intercambio de MasterCard

Al efectuar una transacción electrónica, el banco emisor de la tarjeta cobra al banco propietario del datáfono situado en el comercio en el que se lleva a cabo dicha transacción una tasa multilateral de intercambio (TMI) que es, a su vez, repercutida al comerciante en concepto de gasto por el servicio prestado. La Comisión Europea ordenó a MasterCard cesar en la utilización de estas TMI mediante una decisión del 2007, pues entendió que dichas tasas tienen como efecto la fijación de los gastos facturados a los comerciantes y que, en consecuencia, son contrarias a la competencia. MasterCard recurrió la decisión ante el Tribunal General, el cual ha desestimado ahora sus pretensiones. En concreto, el tribunal ha rechazado las alegaciones relativas a la necesidad objetiva de las TMI para el funcionamiento del sistema de pago MasterCard y ha considerado que es improbable que la inexistencia de tales tasas tenga como consecuencia el cese o la reducción en la emisión de tarjetas MasterCard o que las condiciones de emisión se modifiquen de tal forma que los titulares prefieran otros medios de pago. Asimismo, ha concluido que la presión competitiva ejercida por los comerciantes sobre las cantidades cobradas por la utilización de tarjetas habría sido mayor de no existir dichas TMI. Finalmente, el tribunal ha confirmado la decisión de la Comisión de no aplicar exención alguna por motivos de progreso técnico y económico a estas tasas, en la medida en que los métodos de fijación del importe de las TMI sobrevaloraban los costes soportados por los establecimientos financieros al emitir las tarjetas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la sentencia del Tribunal General que anulaba la decisión de la Comisión por la que se declaraba ayuda de Estado una medida fiscal de Francia a favor de EDF

Francia llevó a cabo una operación de reestructuración de balance y de aumento de capital en EDF Électricité de France (EDF) —dedicada a la producción,

transporte y distribución de electricidad y, en el momento en el que ocurrieron los hechos, perteneciente en su totalidad al Estado francés— renunciando a un crédito fiscal de casi 900 millones de euros correspondientes al impuesto de sociedades de EDF. Dicha operación fue calificada por la Comisión como ayuda de Estado incompatible con el mercado común en el 2003. EDF recurrió esta decisión ante el Tribunal General, el cual resolvió el recurso en el 2009 anulando la decisión por considerar que la Comisión no podía negarse a considerar en su análisis el criterio del inversor privado por la mera naturaleza fiscal de la medida. Dicha sentencia fue objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia, el cual lo ha desestimado y ha declarado que deben distinguirse las funciones que desempeña el Estado como accionista de una empresa de las que ejerce como poder público. De este modo, en las actividades en las que el Estado actúe como accionista deberá aplicarse el criterio del inversor privado para determinar la existencia o no de ayudas de Estado. En concreto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Estado actúa como accionista cuando, con anterioridad o al mismo tiempo que otorga la ventaja económica, decide efectuar una inversión. En consecuencia, se confirma la sentencia del Tribunal General que estimó que dicho criterio es de aplicación incluso si los medios empleados por el Estado son de carácter fiscal y que anuló la decisión de la Comisión.

La Comisión investiga el aeropuerto francés de Carcasona por posibles ayudas de Estado

La Comisión Europea ha abierto una investigación con el objetivo de determinar si los acuerdos financieros entre las autoridades públicas y el aeropuerto de Carcasona (Francia), así como los descuentos y acuerdos comerciales acordados entre el aeropuerto y Ryanair cumplen la normativa europea sobre ayudas de Estado. Según la información de la que dispone la Comisión, la empresa gestora del aeropuerto habría recibido subsidios procedentes de entidades públicas con distintas finalidades entre el 2000 y el 2010. De acuerdo con la misma información, dicha gestora recibió más de 11 millones de euros destinados a financiar proyectos de infraestructuras que, según la Comisión, podrían no ajustarse a los términos de las directrices de la Unión Europea para las ayudas de Estado al sector aéreo. En concreto, la Comisión analizará si los subsidios otorgados eran necesarios para llevar a cabo el proyecto, si la ayuda era proporcional a los objetivos perseguidos y si la infraestructura tenía unas perspectivas satisfactorias de uso a medio plazo. Por otro lado, la Comisión analizará la legalidad de otras medidas de respaldo, como las cantidades entregadas a la gestora por su actividad ordinaria y los subsidios ligados al número de rutas operadas desde el aeropuerto. Finalmente, la Comisión examinará los acuerdos de apoyo al *marketing* y de descuento en los costes de aeropuerto firmados con Ryanair para verificar si un inversor privado hubiese admitido tales condiciones o si éstas dan a la aero-línea una ventaja económica indebida con respecto a sus competidores.

La Comisión Europea investiga la compensación española a la radiodifusión digital terrestre

La Comisión Europea ha abierto un procedimiento de investigación formal con el objetivo de examinar si el plan de compensación a emisoras de televisión digital terrestre (TDT) de España es conforme a la normativa europea en materia de ayudas de Estado. En el marco de la liberalización del dividendo digital, los operadores de TDT deben llevar a cabo una emisión paralela en dos frecuencias mientras los servicios son reasignados a la frecuencia de destino, con la intención de dar tiempo a los ciudadanos a adaptar su infraestructura de recepción. Según las autoridades españolas, el cumplimiento de tal obligación genera unos costes extraordinarios a los operadores, los cuales se verían compensados en el marco del plan presentado a la Comisión. Esta última analizará las medidas y estudiará si son necesarias y proporcionales, así como si podrían favorecer a los operadores de televisión terrestre frente a otras tecnologías disponibles, como las transmisiones vía satélite.

Adopción de un reglamento de minimis para los servicios de interés económico general

La Comisión Europea ha adoptado un reglamento por el cual las ayudas a empresas de hasta 500 000 euros, cuando se otorguen durante tres años y en concepto de compensación por la prestación de servicios de interés económico general (SIEG), quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la normativa europea sobre ayudas de Estado. La Comisión ha considerado que estas compensaciones no resultan problemáticas debido al escaso impacto que provocan en la competencia en el mercado. El umbral establecido para los SIEG supera el general de minimis (200 000 euros durante tres años) puesto que la Comisión ha tenido en cuenta que estas medidas compensan, al menos en parte, los costes extras de proveer un servicio público.

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

– El despido tras la reforma laboral: primeros criterios judiciales	36
– Viagra® contra genéricos	38
– ¿Quién paga el bono social?	41
– El plan para el pago a los proveedores de las entidades locales y los endosos de créditos contra las Administraciones Públicas	44
– Novedades en la regulación de la contratación <i>on line</i> con consumidores	47
– Concurso de la contraparte del <i>swap</i> y derecho del acreedor concursal a suspender los pagos debidos por la liquidación periódica del derivado	53
– La reforma de la reforma laboral: versión definitiva	55
– Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera	58
– La congelación de las tarifas eléctricas no encuentra calor en el Tribunal Supremo	63

El despido tras la reforma laboral: primeros criterios judiciales

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En apenas cinco meses de vigencia del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, la visibilidad de la reforma laboral es aún limitada si se atiende a los criterios judiciales conocidos hasta ahora. No obstante, ya contamos con algunos pronunciamientos notables en materia de despido/extinción del contrato de trabajo que comentamos en este artículo.

Nueva definición (y nueva interpretación) de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas

No hay todavía criterios que aporten luz sobre el significado y el alcance de la nueva redacción de los artículos 51 y 52c del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es claro que no pueden aplicarse las normas posteriores al enjuiciamiento de hechos acaecidos bajo la vigencia de otras normas, de ahí que se haya rechazado la aplicación de la «filosofía» de la reforma laboral a los despidos acontecidos antes del 12 de febrero del 2012: «Aunque sea a los meros efectos dialécticos, el despido hoy enjuiciado no puede calificarse como procedente, y lo que pretende el empresario es que se aplique la filosofía que impregna la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, que no estaba en vigor cuando se produce el despido [STS] de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2012 (rec. 6/2012)]. Sin aplicar esta filosofía, pero sin rechazarla tampoco, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 20 de marzo del 2012 (rec. 5605/2011) recuerda el vigente enunciado de las causas para reforzar la declaración de procedencia de un despido por razones económicas».

2. Salarios de tramitación

La Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) de León de 20 de febrero del 2012 (proc. 937/2011) fue la primera (o la que primero se dio a conocer) de un conjunto de resoluciones de distintos juzgados de lo Social favorables a la aplicación *inmediata* y sin paliativos de la reforma laboral, lo cual suponía rechazar la condena del abono de los salarios de tramitación en despidos acaecidos antes de la reforma laboral. Estos eran los argumentos:

 La entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 12 de febrero del 2012 y en su exposición de motivos se alude al carácter urgente de la norma, por lo que su aplicación ha de ser inmediata.

- La norma que suprime los salarios de tramitación (salvo si hay readmisión o el trabajador despedido es representante legal) no viene acompañada, a diferencia de otras materias, de disposición transitoria.
- La normativa reguladora de los salarios de tramitación tiene carácter sustantivo y no procesal.
- No se trata de la aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el artículo 2 del Código Civil, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el juez.
- Esta interpretación es la más acorde con el espíritu y finalidad del Real Decreto Ley 3/2012, pues en definitiva se pretende de manera urgente e inmediata, en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente.

Este criterio ha sido arrumbado por sentencias posteriores dictadas por algunos tribunales superiores de Justicia. La STSJ del País Vasco de 21 de febrero del 2012 (rec. 221/2012) ha establecido un criterio favorable al abono de los salarios de tramitación en estos mismos casos por las razones siguientes:

- Si la nueva ley nada dice, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2.3 del Código Civil. Este precepto, incluido en su título preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en él tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio non liquet, etc.
- La obligatoriedad del abono de los salarios de tramitación se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables

y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución. Es éste un supuesto de restricción de derechos individuales, pues si la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva ley suprime este derecho en estos casos.

 La solución se compadece mejor con el principio tempus regit actum y, por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir en casos análogos al presente y que propugna que los actos y contratos se rijan conforme a la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).

Estos mismos criterios son reiterados por la STSJ de Castilla y León de 28 de marzo del 2012 (rec. 123/2012). La STSJ de Castilla y León de 15 de marzo del 2012 (rec. 37/2012) añade a los argumentos anteriores la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 210/1990 para recordar que «[n]o hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y profuturo situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado», de donde se deduce que «el despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma». Igualmente se citan las SSTC 99/1987, 129/1987 y la STS de 26 de octubre de 1999 en el sentido de que el principio de irretroactividad «es aplicable a los derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas». En fin, la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución Española se trae a colación (con cita de la STC 104/2000 y de la STS de 4 de junio del 2001) para recordar que su ámbito se ciñe al terreno de los derechos fundamentales.

En fin, el Auto aclaratorio del TSJ de Extremadura de 29 de marzo del 2012 (rec. 27/2012) cita la norma que entendemos que mejor se ajusta a este caso, la disposición transitoria primera del Código Civil, a cuyo tenor «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca». De ella deduce el TSJ de Extremadura que «habiéndose producido el despido bajo una

normativa que reconocía el derecho a salarios de tramitación, éstos han de mantenerse en la forma que se establecía en esa normativa, bajo la que, se repite, se produjo el hecho que los determina, el despido, sin que, se repite también, ninguna norma en el real decreto ley determine lo contrario respecto a esos despidos anteriores, como hace con la indemnización».

3. Cálculo de la indemnización: prorrateo

La disposición transitoria quinta del Real Decreto Ley 3/2012 no menciona el prorrateo por meses de los periodos inferiores a un año para calcular la indemnización por despido. El silencio puede ser interpretado en tres sentidos distintos:

- Ausencia de prorrateo, en una interpretación ilógica y poco razonable (sólo se devengaría la cuantía de 45/33 días tras un año de trabajo).
- · Prorrateo por meses en ambos periodos computables, el anterior a la entrada en vigor del real decreto ley (45 días por año) y el posterior (33 días). La objeción a esta interpretación radica en que los días de un mismo mes sirven para calcular dos periodos diferentes, con el resultado perverso de que computan doblemente. No obstante, ésta es la opción previsiblemente triunfante, a la vista de una de las enmiendas presentadas por el Partido Popular, aún no aprobada: «La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos inferiores a un año». La justificación: «... aclarar que para el cálculo de la indemnización por los periodos de tiempo inferiores a un año deben fijarse a prorrata por meses en cada uno de los dos tramos utilizados para el cálculo de la indemnización».
- Prorrateo por meses de uno de los dos tramos computables, habiéndose llegado a la conclusión en las SSJS núm. 2 de Pamplona/Iruña de 1 de marzo del 2012 (proc. 1274/2011) y de 22 de marzo del 2012 (proc. 22/2012) de que lo más razonable es prorratear el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

Viagra® contra genéricos

El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona adopta medidas cautelares contra la comercialización de medicamentos genéricos

Ángel García Vidal

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El presente documento analiza el reciente Auto núm. 54/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 21 de febrero del 2012, que ha tenido un notable eco en diferentes medios de comunicación social y en el cual se adoptan medidas cautelares contra varias compañías que comercializaban en España genéricos del conocido medicamento Viagra®.

1. El Auto núm. 54/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 21 de febrero del 2012 (La Ley 9213/2012) ha adoptado una serie de medidas cautelares en un procedimiento judicial que enfrenta a varias compañías de genéricos con la compañía titular de la patente sobre el principio activo sildenafilo, comercializado en España bajo la marca Viagra para el tratamiento de la disfunción eréctil (y bajo la marca Revatio para el tratamiento de la hipertensión arterial pulmonar).

En concreto, el litigio versa sobre la patente española que es la validación en España de la patente europea que protege el principio activo del sildenafilo y sobre el correspondiente certificado complementario de protección del medicamento. En esencia, lo que se discute es si los actos de comercialización de productos genéricos (o los actos de preparación de dicha comercialización) lesionan o no los derechos de propiedad industrial de la actora.

2. La clave de la cuestión reside en determinar si es posible proteger en España el sildenafilo como producto. Como se ha dicho, la patente española en cuestión es una validación de una patente europea que contiene reivindicaciones de producto relacionadas con el sildenafilo. Pero sucede que, cuando en 1995 se presentó en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) la traducción de la patente europea, sólo se presentaron reivindicaciones de procedimiento.

Es preciso recordar a este respecto que en el derecho español las invenciones de productos químicos y farmacéuticos no fueron patentables antes del 7 de octubre de 1992 [Disposición Transitoria Primera de la Ley de patentes de 1986; Instrumento de 10 de julio de 1986, de adhesión al Convenio sobre la Patente Europea (CPE) y Disposición Transitoria del Real Decreto 2424/1986, de 27 de noviembre de 1986, de aplicación del CPE a España]. Esta situación provocó que la Oficina Europea de Patentes (OEP), en consideración

a la prohibición de patentabilidad de productos químico-farmacéuticos existente en España hasta 1992, recomendase a los solicitantes de patentes europeas que contenían reivindicaciones de producto que redactasen un juego específico para España (Comunicación del Presidente de la OEP de 13 de mayo de 1992).

Muchos solicitantes de patentes europeas siguieron esta recomendación, de modo que validaron las patentes en España con un juego propio de reivindicaciones que no contenía ninguna de producto. Es lo que sucedió en el presente caso, pues la patente europea contenía tres juegos de reivindicaciones: 1) un juego de ocho reivindicaciones de producto químico, de producto farmacéutico y de uso para Alemania, Francia, el Reino Unido, Holanda, etc.; 2) un juego especial de seis reivindicaciones de procedimiento para España, y 3) un juego especial de siete reivindicaciones de producto químico y de procedimiento para Grecia.

No obstante, tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), varios titulares de patentes de producto validadas como patente de procedimiento consideraron que el Acuerdo ADPIC les permitía añadir nuevas reivindicaciones de producto a patentes (españolas o europeas) solicitadas con anterioridad al 7 de octubre de 1992 y que se concedieron como patentes de procedimiento. Y, como es sabido, algunos pronunciamientos judiciales han admitido la adición de nuevas reivindicaciones de producto por la vía de la modificación de la traducción del folleto de patente europea, regulada en el artículo 70 del CPE y en el artículo 12 del Real Decreto 2424/1986, según el cual, en todo momento el titular de la solicitud o de la patente puede efectuar una revisión de la traducción, la cual no adquirirá efecto hasta ser publicada en el Registro de la Propiedad Industrial.

Esto es lo que hizo el titular de la patente en cuestión en el litigio al que ahora nos estamos refiriendo al presentar en marzo del 2006 una traducción revisada de la patente europea en la que incluía las reivindicaciones de producto que no figuraban en la traducción original.

En un principio la nueva traducción se publicó en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI). Posteriormente la OEPM anuló y dejó sin efectos dicha publicación, por lo que, agotada la vía administrativa, el titular de la patente acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 4 de noviembre del 2010, en la que se le reconoce el derecho a incorporar a la patente española, por el cauce procedimental de la traducción revisada prevista en el artículo 12 del Real Decreto 2424/86, las reivindicaciones de producto.

Esta sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo tuvo una extraordinaria relevancia porque en ella, y en la otra de la misma fecha dictada por la misma sala, se establece que tras la entrada en vigor en España del ADPIC -vinculante para el Estado español a partir del 1 de enero de 1996— ha quedado sin vigor la reserva formulada por España al CPE y, en consecuencia, quedan plenamente admitidas las reivindicaciones de productos farmacéuticos. Y lo mismo ha sostenido la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 mayo del 2012 o en la de 11 de noviembre del 2011, apartándose así el Alto Tribunal de las interpretaciones doctrinales que han sostenido que el Acuerdo ADPIC obligaría a respetar el CPE, incluidas sus reservas [interpretación defendida basándose en que el artículo 2.1 del Acuerdo ADPIC exige el cumplimiento del artículo 19 del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP), en el que se reserva el derecho de los Estados parte a concertar arreglos particulares].

Por lo demás, esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y la posibilidad de acudir a la vía de la corrección de la traducción de la patente para incorporar las reivindicaciones de producto han sido reiteradas por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de marzo del 2011, de 16 de septiembre del 2011 y de 21 de noviembre del 2011.

3. Pues bien, de conformidad con esta jurisprudencia, el titular de la patente presentó una nueva revisión de la traducción de la patente europea, revisión que fue publicada en el BOPI de 30 de agosto del 2011. Posteriormente entabló acciones contra varias compañías farmacéuticas de genéricos que habían empezado a comercializar el producto genérico o estaban a punto de hacerlo solicitando igualmente la adopción de medidas cautelares. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, en una resolución susceptible de recurso, acordó varias medidas cautelares tendentes al cese de la comercialización de los productos de las demandadas rechazando los argumentos que éstas habían esgrimido.

3.1. Una de las peculiaridades del presente caso es que medió un largo periodo de tiempo desde la entrada en vigor del ADPIC y la presentación en la OEPM de una traducción revisada de la patente (más de diez años después de que el ADPIC fuera de aplicación, once años después de concedida y validada la patente en España con la traducción original y más de cuatro años después de que se hubiera concedido el certificado complementario de protección basado en aquélla).

Sin embargo, la posibilidad de corregir la traducción no está sometida a plazo ni en el CPE ni el Real Decreto 2424/1986 y puede ejercerse en cualquier momento tras la publicación de la traducción original. De hecho, la citada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha destacado que esta ausencia de plazo es coherente con el fin al que sirve la posibilidad de presentar una traducción revisada. Por ese motivo el Juzgado de lo Mercantil considera irrelevante el periodo de tiempo transcurrido entre la entrada en vigor del ADPIC y la solicitud de revisión de la traducción presentada por el titular de la patente.

- 3.2. Las demandadas también alegaron ante el juzgado la existencia de una extralimitación en la revisión de la traducción de la patente europea. No obstante, en el Auto de 21 de febrero del 2012 se niega que esto haya ocurrido porque el titular de la patente puede incorporar a las reivindicaciones de procedimiento de la traducción original las omitidas en un primer momento, que son las de producto, y en el presente caso lo que hizo el titular de la patente fue añadir ocho reivindicaciones de producto, una parte de las catorce reivindicaciones que ya se habían publicado al principio en el 2006 y que habían sido dejadas posteriormente sin efecto por la OEPM. Asimismo, según el auto ahora comentado, no se ha alegado divergencia entre el contenido concreto de las reivindicaciones de producto que contenía la patente original (presentada el 31 de marzo del 2006 y publicada inicialmente) y las publicadas el 30 de agosto del 2011.
- **3.3.** De igual modo, también invocan las demandadas la aplicación de la denominada «excepción de uso previo», recogida en el CPE y en el Real Decreto 2424/1986.

En efecto, recuérdese que el artículo 70*b* del CPE dispone que cualquier Estado que exija la traducción de las reivindicaciones de una patente europea (como es el caso de España) «podrá establecer que quienes de buena fe hayan comenzado a utilizar en ese Estado una invención o hayan hecho preparativos efectivos y serios con ese fin, sin que

esa utilización constituya una violación de la solicitud o de la patente de acuerdo con el texto de la traducción inicial, puedan continuar explotándola en su empresa o para las necesidades de ésta, después de que la traducción revisada haya surtido efecto». Y en aplicación de este precepto, el Real Decreto 2424/1986, de 10 de octubre, preceptúa, en su artículo 12, último párrafo, que «toda persona que, de buena fe, comienza a explotar una invención o hace los preparativos efectivos y serios a este fin, sin que tal explotación constituya una violación de la solicitud o de la patente de acuerdo con el texto de la traducción inicial, puede continuar sin indemnización alguna con la explotación en su empresa o para las necesidades de ésta».

No obstante, la actora entiende que debe atenderse al artículo 70.4 del Acuerdo ADPIC y no a los mencionados preceptos del CPE y del Real Decreto 2424/1986. Dicho artículo del ADPIC dispone lo siguiente: «En cuanto a cualesquiera actos relativos a objetos concretos que incorporen materia protegida y que resulten infractores con arreglo a lo estipulado en la legislación conforme al presente acuerdo, y que se hayan iniciado, o para los que se haya hecho una inversión significativa, antes de la fecha de aceptación del acuerdo sobre la OMC

por ese miembro, cualquier miembro podrá establecer una limitación de los recursos disponibles al titular del derecho en relación con la continuación de tales actos después de la fecha de aplicación del presente acuerdo para este miembro. Sin embargo, en tales casos, el miembro establecerá como mínimo el pago de una remuneración equitativa».

Pues bien, el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona destaca que el principio de jerarquía normativa obliga a estar a lo dispuesto en el Acuerdo ADPIC y, dado que cuando el Reino de España ratificó el ADPIC no se acogió a la cláusula opcional prevista en el mencionado artículo, las codemandadas no pueden invocar la excepción de uso previo.

3.4. Por lo demás, el juzgado también rechaza, acertadamente, la alegación presentada por las demandadas en el sentido de que el Acuerdo ADPIC no resultaría de aplicación a los certificados complementarios de protección de medicamentos. Esta alegación no es correcta, entre otras cosas, porque la normativa comunitaria reguladora de los certificados complementarios dispone que «el certificado conferirá los mismos derechos que la patente de base y estará sujeto a las mismas limitaciones y obligaciones».

¿Quién paga el bono social?

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

El Tribunal Supremo califica el sistema de financiación del bono social de energía eléctrica de discriminatorio y contrario al derecho comunitario por imponer en exclusiva a las empresas de generación eléctrica la obligación de financiar este coste sin justificación alguna.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de febrero del 2012 resuelve el recurso 419/2010, interpuesto por Iberdrola contra la Orden ITC 1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir del 1 de julio del 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial. De forma indirecta, se impugna también el mecanismo de financiación del bono social regulado en el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. El Supremo declara inaplicables el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto Ley 6/2009 (preceptos que determinan las empresas que debían financiar el bono social), así como las disposiciones adicionales segunda y tercera de la orden recurrida (relativas respectivamente al mecanismo de liquidación del bono social y a las tarifas de referencia para la aplicación de dicho bono).

¿Recurrido ante el Tribunal Supremo un real decreto ley?

Se solicita la inadmisión del recurso, por estar dirigido en realidad contra una norma con rango de ley, el Real Decreto Ley 6/2009, en cuanto la disposición adicional segunda de la orden impugnada se limita a dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 2.5 del citado real decreto ley. El Tribunal Supremo rechaza esta petición. Que se impugne de forma indirecta una norma con rango de ley no debe suponer la inadmisión del recurso, toda vez que éste se dirige contra una orden ministerial, aunque ésta resulte ser en los aspectos impugnados una directa aplicación del referido real decreto ley.

Reconoce la Sala que, siendo competente para conocer de la impugnación de la orden, no podría anular sin más los preceptos impugnados, pues ello supondría desconocer o invalidar lo establecido en una norma con rango y fuerza de ley, lo que escapa a su jurisdicción. Lo que sí puede hacer la Sala, como ya ha hecho en otras ocasiones (STS 29.6.2011, RCA 1/252/2010) y vuelve a hacer en este caso, es declarar no aplicables los preceptos del real decreto ley si se consideran contrarios al derecho comunitario en virtud de los principios de primacía y aplicación directa de éste, según consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Naturalmente, el Tribunal Supremo puede activar otros mecanismos de control de la norma con rango de ley elevando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) o planteando una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si considera que los preceptos del real decreto ley aplicados mediante los impugnados de la orden contra la que se deduce el recurso son contrarios a la Constitución.

2. El bono social como servicio público

El bono social, creado por el Gobierno en el 2009, pretende evitar el impacto de la subida de tarifas, exigida por la eliminación del déficit tarifario, sobre los colectivos más vulnerables (pensionistas, parados, familias numerosas), a los que no se les aplicarán las subidas de la luz hasta finales del 2013. Por ello, ha sido calificado como una obligación de servicio público de las definidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, relativa a las normas comunes para el mercado interior de electricidad.

El coste de dicho bono (diferencia entre la tarifa de último recurso y la tarifa vigente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2009, el 1 de julio del 2009) fue distribuido por el Gobierno entre las compañías generadoras de electricidad, a las que se impuso el deber de financiar el bono en cuantía variable. Obviamente, el incremento de las tarifas de último recurso genera también el aumento de la cantidad que han de financiar las empresas obligadas.

El Alto Tribunal hace hincapié en que su pronunciamiento no se refiere al concepto de bono social entendido como servicio público ni a la definición de sus beneficiarios, sino al sistema de financiación de tal servicio.

3. Carácter injustificadamente discriminatorio del sistema de financiación. ¿Por qué las empresas de generación?

Cabe proponer diversos sistemas de financiación del bono social: la distribución entre todos los agentes del sector eléctrico (comercializadores, distribuidores, transportistas y empresas de generación), la contribución de los propios usuarios y el cargo a los presupuestos públicos o fórmulas mixtas. El Gobierno español se inclina por un sistema que hace recaer todo el peso de la financiación sobre unas empresas determinadas, las «empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico» (art. 2.5 RDL 6/2009) y designadas nominativamente en la disposición transitoria segunda del real decreto ley. Todo ello sin ofrecer justificación alguna.

Aunque el artículo 2 del real decreto ley apunta como criterio para fijar el porcentaje de financiación el volumen de negocio de las empresas de generación, puesto que lo utiliza para determinar el umbral por debajo del cual el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MIET) podría exonerar de la obligación de financiación, la disposición transitoria se limita a enumerar las empresas que han de financiar inicialmente el bono social y su porcentaje de financiación, sin indicar ni el umbral a partir del cual supuestamente se ha eximido a las restantes de participar en el mecanismo de financiación ni el criterio para determinar los porcentajes de participación de las empresas a las que sí se incluye.

El Tribunal Supremo declara sin ambages que la medida adoptada por el Ejecutivo es «discriminatoria» y contraria a la Constitución (arts. 9.1 y 14 CE), ya que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas sin explicitar las razones de esta elección e impone distintos porcentajes de financiación sin ofrecer tampoco argumentos que justifiquen la diferencia.

Correlativamente, la falta de justificación impide el control judicial de los criterios conducentes a imponer obligaciones diversas a empresas del mismo sector e incluso dedicadas a la misma actividad.

4. El bono social y el derecho comunitario

El Tribunal Supremo reconoce la capacidad del Gobierno para optar por el sistema de financiación de la ayuda social que representa el bono social pero, como solicitaba la recurrente, declara que el sistema de financiación es incompatible con el derecho comunitario en cuanto la obligación impuesta a algunas empresas generadoras en aras del interés económico general vulnera la previsión del artículo 3.2 de la Directiva 2003/54/CE, que exige que tales obligaciones sean transparentes, no discriminatorias y controlables.

El contenido discriminatorio y la falta de transparencia del sistema de financiación establecido en el ordenamiento español incumplen las exigencias de la Directiva 2003/54/CE (sustituida en términos análogos por la Directiva 2009/72/CE).

En contra de la opinión del magistrado firmante de un voto particular, el Tribunal Supremo no considera necesario elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por entender que éste ya se pronunció sobre un caso similar en su sentencia de 20 de abril del 2010 (asunto C-265/08, Federutility), relativa a la Directiva 2003/55 (sector gasista) coincidente con la Directiva 2003/54 en lo relativo a la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público para la protección de los colectivos vulnerables.

5. Reintegro de los pagos indebidos

La empresa recurrente solicita que se restablezca su situación jurídica individualizada mediante el reconocimiento del derecho de las empresas de su grupo (Iberdrola Generación, S. A. U., y Tarragona Power, S. A.) a obtener una indemnización por las cantidades abonadas para financiar el bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia comentada. El Tribunal Supremo accede a esta solicitud y declara, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.1b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el derecho de la recurrente a que se le reintegren las cantidades abonadas por dicho concepto hasta la fecha de ejecución de la sentencia, a partir de la cual deja de ser aplicable la regulación sobre financiación del bono social.

Correlativamente, el resto de las empresas obligadas a financiar el bono social en los términos de la disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 6/2009 también podrán exigir a la Administración el reintegro de las cantidades abonadas invocando la no aplicación de las disposiciones relativas a la financiación del bono social y solicitando en ejecución de sentencia la extensión de los efectos del fallo.

6. Para tomar nota

A la vista de la sentencia comentada, el Gobierno, las empresas del sector eléctrico y los consumidores en general deber tener presentes las siquientes consideraciones:

- a) El sistema de financiación del bono social debe regularse conforme a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.
- b) El Gobierno podrá optar por cualquiera de los sistemas disponibles (financiación a cargo de todo o parte del sector eléctrico, de los consumidores, de los presupuestos públicos o fórmulas mixtas), pero la elección de cualquier sistema debe estar justificada conforme a criterios objetivos, transparentes y que garanticen el control judicial.

- c) El Tribunal Supremo no ha dicho que las empresas de generación eléctrica no deban financiar el bono social, sino sólo que no se han ofrecido razones para que esto sea así. A contrario, si se justifica la imposición de la obligación de servicio público (p. ej., cuota de mercado, derechos reconocidos...), el sistema perdería las cualidades que han motivado el pronunciamiento contrario del Tribunal Supremo, esto es, el carácter discriminatorio, la falta de transparencia y la imposibilidad de control judicial.
- d) Declarado no aplicable el sistema de financiación del bono social contenido en la orden y en el real decreto ley, a partir de la fecha de ejecución de la sentencia el resto de las empresas dedicadas a la generación de energía eléctrica también podrán pedir el reintegro de las cantidades abonadas para financiar este servicio público.
- e) El Tribunal Supremo, que no puede admitir un recurso de impugnación contra una norma con rango de ley como es un real decreto ley, sí puede, como hace en el caso comentado, declarar no aplicables los preceptos de

la norma si éstos son considerados contrarios al derecho comunitario en virtud de los principios de primacía y aplicación directa de tal derecho.

7. La respuesta del regulador

Finalmente, el regulador ha optado por cargar la financiación del bono social sobre todo el sistema eléctrico. La disposición adicional cuarta de la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de abril del 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial (BOE núm. 100, 26.4.2012), opta por la calificación de los descuentos llevados a cabo por los comercializadores de último recurso como costes liquidables del sistema eléctrico a efectos de lo dispuesto en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. El mecanismo de liquidación previsto en la citada disposición adicional será aplicable con carácter retroactivo desde el 7 de febrero del 2012.

El plan para el pago a los proveedores de las entidades locales y los endosos de créditos contra las Administraciones Públicas

Ángel Carrasco Perera

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

Blanca Lozano Cutanda

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

En este análisis se abordan algunas de las cuestiones jurídicas que han suscitado debate en relación con el plan de pago a proveedores de entidades locales, instrumentalizado por medio de los reales decretos leyes 4/2012 y 7/2012. Cuestiones tales como qué ocurre con los créditos contra las Administraciones Públicas que estuvieran endosados a terceros; cuál es la situación de los subcontratistas de los proveedores, sobre los que las normas citadas guardan silencio, y qué sucede en la situación en que el proveedor, acreedor originario, hubiere endosado su título o crédito a un tercero.

El plan de pago y cancelación de deudas con proveedores de entidades locales, instrumentalizado por medio de los Reales Decretos Leyes 4/2012 y 7/2012¹ como remedio extraordinario de los retrasos en el pago por parte de muchos entes locales se encuentra actualmente en la primera fase de ejecución. A este plan de pago se han adherido también voluntariamente todas las comunidades autónomas excepto Galicia, el País Vasco y Navarra (con un calendario retrasado, aproximadamente en un mes, respecto del aplicable a las entidades locales que se expone en esta nota).

El Real Decreto Ley 7/2012 ha creado el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores (FFPP), que va a ser la entidad pública responsable de instrumentar el mecanismo de financiación para el pago de deudas. Para obtener los recursos necesarios para sus operaciones, se reconoce al FFPP capacidad para «captar financiación en los mercados de capitales nacionales y extranjeros mediante, entre otros, la emisión de valores, la concertación de préstamos y la apertura de créditos, así como cualquier otra operación de endeudamiento». La gestión de las operaciones del FFPP se encomienda al Instituto de Crédito Oficial que, además, participará en la financiación de las operaciones.

Todas las operaciones que efectúe y las deudas que contraiga el fondo con terceros para captar financiación gozarán de la garantía del Estado (el Real Decreto Ley 7/2012 define esta garantía del Estado como «explícita, irrevocable, incondicional y directa»).

Se prevé que el FFPP se dote de un crédito sindicado bancario de alrededor de 35 000 millones de euros en el que van a participar la mayoría de las entidades bancarias y el Instituto de Crédito Oficial (ICO). El coste del crédito, según la referencia del Consejo de Ministros del 9 de marzo², será el equivalente al de otras operaciones avaladas por el Estado, con un recargo máximo de 115 puntos básicos sobre el Tesoro. En la actualidad el interés estaría alrededor del 5 %. Este interés, unido al aval del Tesoro, hace que las operaciones vayan a resultar atractivas para las entidades financieras.

Los proveedores que figuren en la relación certificada de facturas o en un certificado individual podrán optar voluntariamente por acogerse a este plan extraordinario de financiación. Los acreedores no están obligados, por tanto, a someterse a este plan de pago, pudiendo optar por reclamar la totalidad de la deuda y sus intereses, aunque ello les suponga una demora en el pago. Hay que entender también,

Completados por la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste previstos en el Real Decreto Ley4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

² http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/ 2012/refc20120309.htm.

porque nada se dice en contrario, que pueden optar por cobrar por esta nueva vía sólo alguna de sus facturas pendientes a su libre elección, aunque sean las más recientes.

A pesar de que de la lectura de los reales decretos leyes resulta que ningún contratista (ni los incluidos en la relación certificada ni los que han solicitado y obtenido certificado individual) está obligado a someterse a este procedimiento extraordinario de pago a proveedores, el Ministerio ha anunciado que la mera solicitud del certificado a la entidad local implica la aceptación de aquél, lo que supone una renuncia no prevista en la norma ni consentida por el contratista (que únicamente solicita el certificado para ver «reconocido el derecho de cobro», según el tenor literal del Real Decreto Ley 4/2012).

Los pagos se llevarán a cabo de acuerdo con el plan de financiación aprobado por el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, partiendo de las líneas o criterios que ha establecido el Real Decreto Ley 4/2012:

- Su ámbito temporal se limita al 2012, pudiendo articularse en fases temporales sucesivas dentro de este año.
- En cada fase se podrá establecer «un descuento mínimo a ofertar por el contratista sobre el importe del principal de la obligación pendiente de pago para que pueda abonarse al contratista», y también se podrá fijar un importe global y máximo de financiación y establecerse tramos específicos para pequeñas y medianas empresas. Este descuento se añade, en su caso, a la renuncia a intereses y costas judiciales que supone necesariamente el pago por este mecanismo de financiación.
- Podrán, asimismo, establecerse criterios para priorizar el pago, entre otros, 1) la quita o descuento que se oferte sobre el principal de la deuda; 2) que se haya iniciado un procedimiento judicial para su reclamación antes del 1 de enero del 2012, y 3) la propia antigüedad de la deuda.

El real decreto ley dejaba abierta, por tanto, la posibilidad de una quita voluntaria como criterio para priorizar el pago, pero el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas ha anunciado que no se utilizará este criterio y que el único aplicable será el de la antigüedad de la deuda.

Tras la remisión por los entes locales de las relaciones certificadas de las obligaciones pendientes de pago al Ministerio de Hacienda y a las Administraciones Públicas (que tuvo lugar antes del 15 de marzo del 2012) y el primer envío de los certificados individuales expedidos a instancias de los contratistas (que se llevará a cabo en los cinco primeros días hábiles de mayo), se conocerán las facturas que van a entrar en la primera fase de la operación; asimismo, los plenos de las entidades locales deberán aprobar la formalización de las operaciones de crédito correspondientes siempre

que hubieren obtenido una valoración favorable de sus planes de ajuste por parte del Ministerio.

Según el artículo 2.4 del Real Decreto Ley 4/2012, se entiende por contratista, a los efectos de lo dispuesto en dicha norma, tanto el adjudicatario del contrato como el cesionario a quien le haya transmitido su derecho de cobro.

Hay una cuestión sobre la que se ha suscitado debate, a saber, la de los créditos contra Administraciones Públicas que estuvieran endosados a terceros. En nuestra opinión, el debate no tiene sustancia como tal, ya que depende de la naturaleza del endoso en cuestión. Procederemos mediante las distinciones oportunas:

- Endoso pleno de título cambiario (pagaré) emitido por la entidad local. El crédito cambiario se ha transmitido al cesionario por endoso. El cesionario es el legitimado para el cobro.
- Endoso en garantía de título cambiario (pagaré).
 El acreedor cesionario dispone de los derechos de un acreedor pignoraticio, puede cobrar el pagaré y no está obligado a restituirlo al endosante, si bien el dinero quedará en depósito irregular.
- Endoso no cambiario de un crédito mediante cesión plena. Sólo el cesionario puede cobrarlo. Además, si el cedente es un proveedor incluido en el ámbito de aplicación del real decreto ley, también lo estará el cesionario.
- Endoso no cambiario mediante una prenda del crédito. Habrá que estar a los pactos contenidos en el contrato de prenda. Normalmente el deudor pignorante puede cobrar el crédito, pero no apropiarse los fondos. Con todo, en la duda, el banco debe negarse a pagar si no concurren cedente y cesionario.
- Endoso no cambiario como mera gestión de cobro.
 El cesionario es un mandatario o comisionista del titular del crédito y lo cobra en su nombre. El banco sólo ha de cuidar que el mandato no haya sido revocado y, en caso de duda, reclamar la presencia de ambos.
- Si la entidad pública deudora ha gestionado con una entidad financiera una operación de confirming y esta entidad no asume frente al proveedor la deuda del ente local —con la correspondiente cesión de créditos del proveedor a la entidad confirmante—, el proveedor sigue siendo titular de su crédito y puede utilizar el procedimiento de cobro del plan.

Los subcontratistas de los proveedores no están incluidos en el ámbito de aplicación del plan de saneamiento. Con todo, si tales subcontratistas hubieren ejercido contra el ente local la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, incluso extrajudicialmente, su posición se asimilaría de facto a la de un titular del

crédito, pues la entidad promotora ya no podría pagar al proveedor ni a otros acreedores de éste.

Queda por considerar la situación en que el proveedor, acreedor originario, hubiere endosado su título o crédito a un tercero, el cual, impagado el crédito por la

entidad pública, hubiere retrotraído el descuento y recuperado del proveedor la cantidad descontada (más intereses). En este caso el proveedor recuperaría su crédito contra el ente. Lo malo sería que ello ocurriera cuando los plazos para someterse al esquema del plan de pago a proveedores ya hubieren transcurrido.

Novedades en la regulación de la contratación *on line* con consumidores

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

La Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, modifica el régimen de la contratación *on line*. Se armonizan en el ámbito de la Unión Europea los deberes de información precontractual y confirmación del contrato, se amplía a catorce días el plazo para desistir y se permite desplazar al usuario los gastos de devolución del bien.

Tras una larga tramitación, el pasado 11 de noviembre del 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el texto final de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, 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. Esta nueva directiva pretende incentivar la contratación a distancia y eliminar las restricciones a las transacciones transfronterizas dentro del mercado único. Por ello aspira a la armonización plena y, en su nombre y en principio, los Estados no podrán imponer ningún otro requisito

ni formal (arts. 7.5 y 8.10) ni de contenido (art. 4) a la información precontractual o a la confirmación de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o a distancia para garantizar mayor nivel de protección a los consumidores, sin perjuicio de los deberes impuestos de conformidad con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios (art. 6.8). Sin pretender abordar aquí las complejas relaciones entre la nueva directiva y sus predecesoras (véase Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 1, http://revista.uclm.es/index.php/index/index), haremos una síntesis de las nuevas exigencias que han de tener en cuenta quienes comercian on line con consumidores. El siguiente gráfico expone tales novedades:

FASE PRECONTRACTUAL

«PONEN EN CONOCIMIENTO» INFORMACIÓN

PERFECCIÓN Y CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

EJECUCIÓN DEL CONTRATO

DESISTIMIENTO

- Soporte: acorde con la técnica de comunicación (art. 8.1 Directiva 2011/83).
 - No necesariamente duradero (ej. en red).
- Posibilidad de archivar condiciones generales aplicables a contratación (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI).
- Botón «contrato con obligación de pago» (art. 8.2 Directiva 2011/83).
- Plazo: «antes de que el consumidor quede vinculado»; justo antes del clic de confirmación de oferta (arts. 8.1 y 8.2 Directiva 2011/83).
- · Contenido:
 - Características esenciales, precios, datos de contacto, duración, desistimiento... (art. 6 Directiva 2011/83).
 - Especial mención en web de restricciones a la entrega y medios de pago (arts. 6.1g, 8.3 y 19 Directiva 2011/83).
 - Procedimiento de contratación (art. 10.1a Directiva 2000/31 y 27.1 LSSI).
- Soporte: duradero (arts. 8.7 Directiva 2011/83, 11.1 Directiva 2000/31, 28.1 LSSI y 98.2 TRI GDCII).
- Plazo: «razonable», «a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio» (art. 8.7 Directiva 2011/83).
- Contenido (art. 8.7 Directiva 2011/83):
 - Información precontractual art. 6 Directiva 2011/83, si no se ha facilitado ya en soporte duradero
- En su caso, consentimiento a pérdida de derecho de desistimiento.

- Pago (art. 19 Directiva 2011/83).
 - Información sobre gastos asociados a pago.
 - Tasas pago ≤ coste en el que incurre el comerciante.
- Entrega (art. 20 Directiva 2011/83):
 - Transmisión de riesgo a consumidor = entrega a transportista (elegido por consumidor).
- Contenido de la información precontractual (arts. 6.1*h*, *i*, *j*, *k*, *n* y anexo I, letra A Directiva 2011/83).
- Plazo (arts. 9 y 10):
 - 14 días naturales.
 - > Desde la celebración del contrato prestación servicios.
 - > Desde la entrega del bien (venta de bienes).
 - Incumplimiento de deberes de información: 12 meses desde la expiración del plazo inicial de 14 días.
- Forma (art. 11 Directiva 2011/83):
 - Formulario armonizado de desistimiento (soporte papel o electrónico) (anexo I, letra B Directiva).
 - Cualquier manifestación inequívoca.
- Costes de devolución (razonables): consumidor (arts. 6.1*i*, *j* y 14 Directiva 2011/83).
- Deber de reembolso al consumidor de todos los pagos realizados por el mismo medio de pago y derecho de retención del comerciante (art. 13 Directiva 2011/83).
- Derecho de desistimiento en contratos de prestación de servicios cuya ejecución comience antes del fin del plazo de desistimiento a petición expresa del consumidor.
- Excepciones (art. 16 Directiva 2011/83 > art. 102 TRLGDCU).

1. Refuerzo de los deberes de información precontractual

Se adoptan medidas tendentes a dar mayor seguridad a la contratación a distancia (electrónica o telefónica). Se limita este documento a las novedades relativas a la contratación electrónica.

a) Contenido de la información precontractual

Antes de que el consumidor quede vinculado por la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento o por la aceptación de una oferta de cualquiera de estos contratos, el comerciante le deberá facilitar, «de forma clara y comprensible» (arts. 6.1, 7.1 y 8.1), la información que detalla el artículo 6 de la directiva y que resumidamente se refiere a los siguientes extremos: las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada no sólo al bien o servicio, sino también al soporte utilizado en la contratación (letras a, r y s); información detallada sobre el precio con impuestos incluidos y referencia expresa a gastos asociados (e, f, r y s); la identidad del comerciante (letra b) y formas de ponerse en contacto con él y de, en su caso, formular reclamaciones (letras c, d, g y t); los procedimientos y fechas de pago y entrega (letra g); información sobre la garantía y servicios postventa (letras I y m); la duración del contrato y condiciones de resolución (letras o y p); los depósitos o garantías financieras exigidos (letra q); información relativa a la existencia y el ejercicio del derecho de desistimiento, incluidos los costes asumidos por el consumidor (letras h, i y j), si bien este deber de información puede cumplirse proporcionando el formulario de desistimiento previsto en el anexo I, letra A de la directiva (art. 6.4) y la información sobre la adhesión a códigos de conducta (letra n).

La información precontractual se incorpora al contrato y no puede ser alterada, salvo que ambas partes «dispongan expresamente lo contrario» (art. 6.5), correspondiendo al comerciante probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos (art. 6.9) y, en su caso, el pacto expreso de apartamiento del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato. Se ha de destacar que el pacto de las partes sólo puede modificar el contenido de la información, pero en ningún caso alterará los deberes de información impuestos al vendedor o prestador de servicios.

Además de poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83, el comerciante por vía electrónica deberá facilitar el procedimiento para la identificación y subsanación de errores antes de hacer el pedido (art. 11.2 Directiva 2000/31). Obsérvese que los mayores requerimientos informativos de la

Directiva 2011 sólo son aplicables a la información sobre las condiciones sustantivas del contrato (art. 6.1, letras a, e, o y p), pero no se introducen modificaciones respecto al deber de poner a disposición del destinatario la información sobre el procedimiento contractual (art. 10.1 Directiva 2000/31 y 27.1 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información o LSSI). Y es que los Estados podrán imponer o mantener deberes respecto al contenido de la información que se ha de suministrar de conformidad con las directivas 2000/31 y 2006/123 (cdo. 12 y art. 6.8.I), siempre que no entren en conflicto con los deberes derivados de la Directiva 2011/83, en cuyo caso prevalecerá ésta (art. 6.8.I Directiva 2011/83).

b) Medios informativos

La información se ha de facilitar de forma acorde con la técnica de comunicación a distancia utilizada y en términos claros y comprensibles (arts. 6.1 y 8.1 Directiva 2011/83). El soporte no ha de ser necesariamente duradero, pero, si así fuera, debe ser legible. En los contratos celebrados mediante una página web, la información se facilitará en línea, que no es un soporte duradero (cfr. cdo. 23), aunque ha de permitirse al destinatario archivar y reproducir las condiciones generales aplicables a la contratación (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI), ya que a estos efectos la normativa sobre contratación electrónica es una norma especial por razón del procedimiento de contratación que concreta y complementa lo establecido en la nueva directiva (art. 8.1) y que debe ser de aplicación preferente (art. 3.2).

Si el contrato electrónico no es gratuito, se imponen especiales exigencias respecto al momento y forma en que se facilita la información precontractual más relevante (características, precio y duración del contrato -art. 6.1, letras a, e, o y p—). Ésta se ha de «poner en conocimiento» del comprador de una manera clara y destacada «justo antes de que el consumidor efectúe el pedido» (justo antes del clic de confirmación de la oferta) (art. 8.2). El artículo 8 de la Directiva 2011/83 exige «poner en conocimiento». No bastará con «facilitar la información» o «ponerla a disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas» (art. 6.1 Directiva 2011/83 y 10.1 Directiva 2000/31), de modo que se permita a los destinatarios «acceder con facilidad y de forma directa y permanente» a tal información (art. 5.1 Directiva 2000/31). Sin perjuicio de las peculiaridades de los contratos celebrados por medio de técnicas de comunicación a distancia en las que el espacio es reducido (cfr. art. 8.4), ya no basta incluir un enlace que el usuario pueda visitar (o no) para informarse sobre las condiciones del contrato y especialmente sobre el precio. Es necesario que el comerciante ponga en conocimiento del destinatario antes de confirmar el pedido, al menos, la información principal referida en el artículo 6.1a, e, o y p).

Especialmente y para garantizar que el consumidor que confirma el pedido es consciente de la obligación de pago, se exige que el botón de aceptación incluya la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar. Las consecuencias del incumplimiento de este deber (no inclusión de la etiqueta alusiva a la obligación de pago o la ambigüedad respecto a esta obligación) implican que el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido (art. 8.2.II). El legislador español habrá de modificar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información para introducir esta exigencia.

En esta línea de incrementar al alza las exigencias informativas en los contratos electrónicos, las webs de comercio electrónico «deberán indicar» (no sólo facilitar información remitiendo a otros enlaces informativos) de modo claro y legible (tamaño de letra adecuado, información fija y no en formato flash) «a más tardar al inicio del procedimiento de compra» si se aplican algunas restricciones de entrega (p. ej., en función de la distancia o de los gastos de transporte y entrega) y cuáles son los medios de pago aceptados y su eventual coste (arts. 6.1g, 8.3 y 19).

c) Lengua de la información

Conforme a la Directiva 2011/83, los Estados miembros podrán mantener o introducir en la normativa nacional requisitos de carácter lingüístico a fin de garantizar que la información precontractual pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores (art. 6.7).

2. Confirmación del contrato

La confirmación del contrato siempre requiere soporte duradero en un «plazo razonable» desde su celebración y «a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio» (art. 8.7 Directiva 2011/83). Esta confirmación ha de incluir la información precontractual —si no se hubiera facilitado previamente en soporte duradero (art. 8.7a)— y, en su caso, la confirmación del consentimiento del consumidor y de su conocimiento de la pérdida del derecho de desistimiento (art. 8.7b).

Los Estados podrán establecer o mantener el deber de confirmar el contrato electrónico en soporte duradero, por ejemplo, en tarjeta de memoria, disco duro del ordenador o correo electrónico (arts. 7.7 Directiva 2011/83, 11.1 Directiva 2000/31), lo cual ya está dispuesto en la legislación española vigente (arts. 11.1 Directiva 2000/31, 28.1 LSSI y 98.2 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o TRLGDCU).

3. En resumen, deberes del comerciante on line en el nuevo contexto normativo

Sería conveniente que el legislador unificara los diversos deberes aplicables a la contratación electrónica procedentes de las diversas directivas (Directiva 2011/83; Directiva 2000/31 y Directiva 2006/123). Por previsión expresa de la Directiva 2011/83 (art. 8.9), las disposiciones sobre la celebración de contratos por vía electrónica y la realización de pedidos de los artículos 9 y 11 de la directiva de comercio electrónico no entran en conflicto con las exigencias del artículo 8 de la propia Directiva 2011/83. Esto implica que, en el nuevo marco normativo, el comerciante por vía electrónica deberá:

- poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83;
- facilitar el procedimiento para la identificación y subsanación de errores antes de efectuar el pedido (art. 11.2 Directiva 2000/31);
- informar al principio del procedimiento de compra de la aplicación de restricciones a la entrega y de las modalidades de pago (art. 8.3 Directiva 2011/83);
- incluir un botón de confirmación con la etiqueta «pedido con obligación de pago» o similar (art. 8.2 Directiva 2011/83),;
- acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica (art. 11.1 Directiva 2000/31);
- confirmar el contrato en soporte duradero en plazo razonable y a más tardar antes del comienzo de ejecución de la prestación de dar o hacer (art. 8.7 Directiva 2011/83).

Sin perjuicio de la integración en el contrato de la información precontractual requerida por la directiva (art. 6.5) y algunas consecuencias contractuales previstas en ella, como la inexistencia de obligación de abonar los gastos sobre los que el consumidor no ha sido informado (art. 6.6) o la ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento (art. 10), el incumplimiento de los deberes de información precontractual o de confirmación del contrato no tiene más consecuencias que constituir el supuesto típico de una infracción de consumo en los términos establecidos por las normas nacionales de transposición (art. 24 Directiva 2011/83).

4. Medios de pago y gastos asociados

Conforme al artículo 19 de la Directiva 2011/83, los Estados miembros han de prohibir a los comerciantes «cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen

el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios». Obsérvese que lo que se prohíbe no es que los comerciantes apliquen determinadas comisiones asociadas al medio de pago en los contratos de venta o prestación de servicios, incluidos los de suministro de agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital (p. ej., comisión por pago en ventanilla o por pago con tarjeta), sino que tales comisiones excedan el coste asumido por el comerciante por el empleo de tal medio de pago. Esta prohibición no es nueva. La normativa sobre servicios de pago (Directiva 2007/64/CE, Ley 16/2009, RD 712/2010 y órdenes EHA/1608/2010 y EHA/2899/2011) ya permite cargar al consumidor costes asociados a los medios de pago siempre que se informe sobre ello y que el coste no exceda del importe en el que incurre el comerciante por aceptar tal medio de pago.

5. Entrega, transporte y transmisión del riesgo de pérdida de bienes

La entrega de los bienes es una fuente constante de conflictos en los contratos a distancia. La directiva armoniza las normas nacionales referidas a la entrega (art. 18). Nos centramos aquí en los problemas asociados a la entrega y a la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro del bien objeto del contrato.

No se alteran las reglas nacionales relativas a la transmisión de la propiedad y formas de entrega (arts. 609 y 1462 a 1465 CC). El consumidor queda protegido de los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes hasta que él o persona por él autorizada adquiera su posesión material. «No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista» (art. 20). Son dos los supuestos en los que se agrava el riesgo para el consumidor: a) cuando él haya asumido el transporte por sí mismo o por medio de un transportista, y b) cuando el transportista elegido sea uno distinto de los propuestos por el comerciante. Si el consumidor elige a uno de los transportistas ofrecidos por el comerciante, pero opta por una forma de transporte más costosa que la ofrecida por éste (p. ej., entrega en 24 horas), parece razonable aplicar la regla general que hace recaer el riesgo de pérdida sobre el comerciante que organiza o efectúa el transporte a pesar de que corresponda al consumidor abonar la diferencia entre la forma de entrega ofrecida y la elegida (cdo. 47).

6. Derecho de desistimiento

a) Información y documentación

Ya en la fase precontractual se ha de facilitar información relativa a la existencia y al ejercicio

del derecho de desistimiento, incluidos los costes asumidos por el consumidor (letras h, i, j). Este deber puede cumplirse mediante el modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento establecido en el anexo I, letra A. Se facilitará en forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizada.

En caso de que el comerciante incumpla sus obligaciones de información y documentación, además de ampliarse el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (de catorce días a doce meses más), el consumidor no deberá abonar los gastos asociados al desistimiento (art. 6.6).

b) Plazo

Una de las principales novedades de la directiva es la prolongación del plazo de desistimiento de siete a catorce días naturales computados desde la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios o suministro de agua, gas, electricidad o calefacción o de contenido digital en soporte no material o desde la recepción del bien, siempre que el consumidor reciba la información y documentación preceptivas (art. 9.2). En caso de incumplimiento de los deberes de información, desde el correcto cumplimiento de tales deberes, con un plazo de prescripción de doce meses computados desde la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial (art. 10).

c) Modo de ejercicio, devolución y costes

El consumidor podrá ejercer su derecho de desistimiento mediante el formulario armonizado de desistimiento que figura en el anexo I, letra B de la directiva o a través de cualquier otra declaración inequívoca. Además, el comerciante podrá ofrecer la posibilidad de ejercer tal derecho por vía electrónica, cumplimentando y enviando el formulario armonizado de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca por medio de la web del comerciante. En tales casos, el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento (art. 11 Directiva 2011/83).

El consumidor que desista habrá de restituir los bienes al comerciante en el plazo de catorce días y correrá con los costes directos de devolución (transporte, embalaje, etc.), salvo que el comerciante los haya asumido expresamente o no haya informado al consumidor sobre tal obligación. La directiva exige que estos «gastos sean razonables» (arts. 6.1j y 14 Directiva 2011/83).

El comerciante deberá reembolsar los pagos recibidos del consumidor por el mismo medio de pago empleado en la contratación y en un plazo máximo de catorce días desde la notificación del desistimiento (art. 13 Directiva 2011/83). No establece la directiva el derecho del consumidor a reclamar por duplicado el importe adeudado en caso de que el empresario no proceda al reembolso en el plazo estipulado, que sí prevé el vigente artículo 76 del TRLGDCU. Se reconoce al comerciante el derecho de retención del reembolso hasta la devolución efectiva de los bienes o prueba de devolución de éstos por parte del consumidor, salvo que el propio comerciante se haya ofrecido a recogerlos.

El consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, características o funcionamiento. No será en ningún caso responsable de la disminución del valor de los bienes si el comerciante ha incumplido su deber de información sobre el derecho de desistimiento (art. 6.1h).

d) Desistimiento en los contratos de prestación de servicios

La directiva introduce una significativa novedad en relación con el derecho de desistimiento en los contratos de prestación de servicios o suministros de agua, gas o electricidad no envasados o calefacción mediante sistemas urbanos celebrados por vía electrónica. A diferencia del régimen resultante del vigente artículo 102e del TRLGDCU, el consumidor podrá desistir incluso cuando a petición expresa suya haya comenzado la ejecución del contrato antes del transcurso del plazo de desistimiento (arts. 8.8

y 9.2c Directiva 2011/83). En este caso, el consumidor abonará el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio (art. 14.3 Directiva 2011/83). El consumidor no asumirá ningún coste si el comerciante no le ha facilitado la información preceptiva al respecto o no ha dado su consentimiento expreso para que comience la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento (art. 14.4a Directiva 2011/83).

En los contratos de suministro de contenido digital que no se prestan en soporte material (descargas de software, películas, música...), el comienzo de la prestación del servicio antes de la finalización del plazo de desistimiento expresamente solicitada por el consumidor supone la pérdida del derecho de desistimiento (art. 16m). El consumidor no asumirá coste alguno cuando no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que termine el periodo de desistimiento; no sea consciente de que, al dar su consentimiento, renuncia al derecho de desistimiento o bien el comerciante no haya facilitado la confirmación documental posterior del contrato en la que se incluya la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y el conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento (art. 14.4b Directiva 2011/83).

e) Excepciones

El artículo 16 de la directiva contiene excepciones al derecho de desistimiento no previstas en el vigente artículo 102 del TRLGDCU (*cfr.* arts. 16*d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *k*, *l*).

Concurso de la contraparte del *swap* y derecho del acreedor concursal a suspender los pagos debidos por la liquidación periódica del derivado

A propósito de la sentencia de la *Court of Appeal*, [2012] EWCA Civ 419, Lehmann Brothers Int. Europe, Lomas v. JFB Firth Rixson Inc.

Ángel Carrasco Perera

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

El contrato marco de instrumentos derivados de la ISDA tiene reconocimiento internacional. Pero mucho importa la interpretación que produzcan los tribunales de Londres, donde se residencian la mayoría de las disputas interpretativas. En este caso, el tribunal ha sostenido que la situación de concurso de la contraparte del *swap* permite a la parte no concursada, pero que se encuentra *out of the money*, excepcionar la situación de incumplimiento que supone el concurso y negarse a pagar mientras tanto lo que debería haber abonado al deudor concursado por la liquidación del derivado.

1. Determinadas contrapartes de Lehmann Brothers International Europe (LBIE) en acuerdos de swaps que se hallaban out of the money y serían deudores de LBIE por las liquidaciones periódicas correspondientes no optaron por resolver sus contratos, conforme permite la sección 6 de los documentos de la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA) (en adelante, «los ISDA») y, entre nosotros, el artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005. De haberlo hecho, la liquidación resultante habría sido negativa para estos acreedores por hallarse out of the money. En lugar de ello, se atuvieron a la sección 2a.iii de los ISDA, que permite a la parte in bonis suspender la obligación de pagar (devengada después del concurso) en tanto la otra (LBIE) se halle en un event of default, como es la situación de concurso. Una norma similar se encuentra en la cláusula 3.5 del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), a que se sujetan ordinariamente las operaciones sobre derivados en el mercado español.

En términos literales, la sección 2a.iii de los ISDA se expresa de esta forma: «Each obligation of each party under Section 2(a)(i) is subject to the condition precedent that no Event of Default or Potential Event of Default with respect to the other party has occurred and is continuing...».

2. Según la sentencia inglesa, la sección 2*a.iii* de los ISDA debe entenderse en el sentido de que, si cuando una contraparte ha de pagar la liquidación temporal del *swap*, por hallarse *out of the money*,

la otra contraparte se encuentra en concurso, siendo esta circunstancia un event of default pactado en el propio contrato, la deuda de la contraparte deudora in bonis no llega a nacer mientras no se repare el event, aunque tal cosa sea de hecho una circunstancia fácticamente imposible en el caso de hallarse en concurso la parte in the money.

La parte deudora no concursada puede provocar la terminación del *swap*. Pero no está obligada a hacerlo y puede permanecer en una situación continuada de no cumplimiento hasta que el contrato se extinga por efecto del plazo convenido sin que haya que hacer entonces ningún pago, según la sentencia, porque la liquidación negativa contra la parte no concursada no llegó a nacer nunca como crédito. El juez no puede poner fin a esta situación de oponibilidad continuada de la excepción del incumplimiento ni puede establecer un tiempo prudencial a partir del cual el quebrado *in the money* pueda cobrar su crédito contra la contraparte.

Según la sentencia, no puede censurarse que esta situación comporte una violación de la antideprivation rule. El acreedor no esta privando al concurso de ningún activo que ya tenga consolidado ni está tratando de recuperar en el concurso la prestación ya efectuada por la parte in bonis. Simplemente se está defendiendo al negarse a producir un aumento de la masa pasiva posterior al concurso cuando tiene una excepción que le permite que dicho sacrificio futuro no quede sin compensación por la

incapacidad del concursado de cumplir lo que le corresponda.

La apuesta —una vez más— de la judicatura inglesa por el respeto incondicional a lo pactado contrasta con la solución justamente contraria a la que llegó un juez de quiebras americano en un supuesto exactamente equivalente al que comentamos y que versaba igualmente sobre la aplicación de la sección 2a.iii de los ISDA. Según el juzgador, la norma permitía que la parte in bonis resolviera el contrato, pero no le otorgaba un derecho a suspender el cumplimiento si no decidía poner fin al contrato [In re Lehmanns Brother Holdings, Inc, Case 08-13555 (JMP) —Bankr. SDNY, September, 2009—].

- 3. ¿Qué diremos en derecho español? Nuestra regulación concursal no tiene más precepto específico que el artículo 16.1 del Real Decreto Ley 5/2005, según el cual, «[1]a declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa». Si la excepción de cumplimiento contenida en la norma referida de los ISDA y del CMOF se considerase una «ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual de las operaciones financieras» llevadas a cabo en el marco del CMOF, la solución procedente sería la que propone la corte inglesa. Nacida la deuda de la parte in bonis como consecuencia de una liquidación periódica de los pagos que efectuar conforme al swap y siendo el devengo de esta última posterior a la declaración de concurso de la contraparte, no podría objetarse ni a la oposición ni a la perpetuación de esta excepción hasta que se produjera una rehabilitación de la condición en cuestión, que no es otra que la situación de concurso del acreedor de la liquidación.
- 4. Repárese, con todo, que la aplicación del artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005 requiere que se trate de una operación financiera de swap integrada en el seno de un acuerdo marco de compensación contractual (netting) y no sería aplicable a las operaciones aisladas de contratación de un swap singular y accesorio de una operación crediticia subyacente, al menos si se impone (como parece que es procedente) la doctrina de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, según la cual el artículo 16 de dicho real decreto ley no es norma aplicable a una operación aislada de permuta de tipos (sentencias de 9 de febrero del 2009, 9 de febrero del 2011, 16 de mayo del 2011 y 16 de febrero del 2012).
- 5. La singularidad del caso Lehmann no es que pueda nacer una excepción de incumplimiento contractual

- a favor del acreedor concursal una vez que el concurso haya sido declarado. No hay nada de extraño en ello. Si el contrato bilateral (el swap, por ejemplo) continúa en ejecución, el acreedor concursal que deviene deudor de la masa puede oponer la excepción de incumplimiento si la masa tampoco le paga lo que debe en el momento en que venza la deuda de la masa. Lo singular de nuestro caso es que no se opone como tal la excepción de incumplimiento. LBIE no ha «incumplido» con la contraparte una deuda de la masa, sino que se halla en concurso, circunstancia bastante para que el acreedor concursal, deudor adventicio de la masa, se encuentre defendido de la reclamación de pago. ¿Es esto admisible en nuestro sistema concursal?
- 6. Seguramente sí con la redacción vigente del artículo 16.1 del Real Decreto Ley 5/2005, pero también al margen de este régimen especial. Reparemos que el artículo 61.3 de la Ley Concursal, que priva de eficacia a las cláusulas de resolución cuando el supuesto condicionante es el concurso, se refiere a la resolución y no a la excepción de incumplimiento y, en segundo lugar, no afecta a la relación de crédito y deuda producida a cargo de la masa por haber continuado el contrato produciendo sus efectos después de la declaración de concurso. Es decir, el artículo 61.3 no excluye la eficacia de una cláusula contractual por la que no llega a nacer contra el acreedor in bonis un crédito a favor de la masa del concurso precisamente porque el acreedor en cuestión se encuentra en situación de concurso.
- 7. Hasta el presente consideramos el caso de obligación de pago por liquidación periódica del swap, que nace después de la declaración de concurso de la contraparte. Pero ¿y si es anterior? Es decir, si se trata de una deuda preconcursal de la parte in bonis, ¿podría oponer ésta igualmente la excepción derivada de los ISDA en semejante escenario cuando el concurso del contratante in the money se produce después del devengo de la obligación de pago periódico? Consideremos que el artículo 16.1 del Real Decreto Ley 5/2005 no contiene ninguna restricción al respecto y que la redacción del artículo 3.5 del CMOF es poco expresiva sobre si la causa de vencimiento anticipado en que pueda incurrir la contraparte (concursada) tiene que haberse producido necesariamente antes de que se devengue la obligación de la parte out of the money. Desde luego, si la (no) situación de concurso de esta contraparte es una «condición precedente» del nacimiento de la obligación de la parte in bonis (como ocurre en la cláusula 3.5.3 del CMOF), en este caso el event of default no podría favorecer a la parte deudora in bonis con efectos retroactivos. Esto es lo que opina también la corte inglesa, aunque sólo de pasada. Pero se trata de una conclusión que no se impone en los textos del artículo 16.1 del Real Decreto Ley 5/2005 ni en la cláusula 3.5.1 del CMOF.

La reforma de la reforma laboral: versión definitiva

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de 1 de junio del 2012 se publicó el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, que incorpora las enmiendas aprobadas por el Congreso de los Diputados al Real Decreto Ley 3/2012. El trámite parlamentario del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma del Mercado Laboral ha concluido con la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso) de 27 de junio del 2012 del texto definitivo que, previa incorporación de las enmiendas aprobadas por el Senado, fue aprobado por el Congreso el pasado 28 de junio.

La Ley de Reforma del Mercado Laboral no revela grandes cambios en las líneas maestras trazadas por la norma de urgencia aprobada en febrero, pero hay algunas modificaciones, matizaciones y desarrollos que afectan a materias importantes y que se comentan en este artículo.

1. Intermediación en el mercado de trabajo

Sin perjuicio de otras mejoras y ajustes técnicos, las novedades relevantes apuntan en una doble dirección: por un lado, el *silencio* de la Administración ante la solicitud de autorización para ser empresa de trabajo temporal (ETT) es *positivo* (favorable a la autorización) si transcurren más de tres meses; por otro, *se intensifica el sometimiento de las ETT a la normativa de las agencias privadas de colocación* cuando pretendan desarrollar también las funciones de éstas.

2. Contratación e incentivos

Del polémico contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se matiza que el periodo de prueba de un año de duración no podrá establecerse «cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación». Se prohíbe su utilización, ahora más sencillamente, cuando la empresa hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes en los últimos seis meses (ya no es preciso que se trate de extinciones por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o de despido colectivo), lo que deja abiertos múltiples interrogantes.

Desde la perspectiva de los incentivos para estos contratos, se sustituyen los específicamente fiscales que se establecieron en el real decreto ley por los generales del artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al cual se da nueva redacción. Las bonificaciones en las cuotas se mantienen con algunos matices ampliatorios interesantes para las empresas de menos de cincuenta trabajadores. Además, los requisitos ligados al mantenimiento del empleo —cuyo incumplimiento

determina la devolución de los incentivos— se endurecen en parte (porque se pretende mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato durante, al menos, un año desde su celebración) y en parte se flexibilizan (ya que se prevé que no computen, a efectos del mantenimiento del empleo, los despidos objetivos reconocidos o declarados como procedentes ni la finalización —lícita— de los contratos temporales).

Del contrato para la formación y el aprendizaje se flexibilizan los requisitos en varios frentes, pues se admite su celebración con trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo, se permite la ampliación del límite de edad si son empresas de inserción quienes contratan a trabajadores en situación de exclusión social y se admite que se prorrogue una o dos veces mediante acuerdo de las partes, sin exceder en conjunto (duración inicial más prórrogas) los tres años. Desde la perspectiva de la contención del gasto público, las reducciones en las cuotas previstas en el Real Decreto Ley 3/2012 se aplicarán por la transformación de estos contratos en indefinidos sólo cuando termine la duración inicial o prorrogada, no en cualquier momento. Además, estas reducciones no se aplicarán cuando se lleve a cabo un trabajo efectivo en un entorno real y se adquiera formación o experiencia profesional dirigida a la cualificación o inserción laboral, incluidos los proyectos de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo.

La transformación de contratos en prácticas en indefinidos sólo llevará aparejada la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, si se produce a la finalización de su duración inicial o prorrogada, no en cualquier momento.

Esta misma bonificación se mantiene para la transformación en indefinidos de contratos de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

Se aclara la regla de la suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales, indicando que «quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas».

En cuanto a los incentivos generales, se prevén bonificaciones en las cuotas de trabajadores específicos cuando se trate de nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos y de la contratación de trabajadores fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado a él y hostelería.

3. Derechos individuales de los trabajadores

· Permiso de formación

La formación del trabajador es ahora de más amplio espectro, porque si antes debía estar vinculada al puesto de trabajo, ahora debe estarlo a la actividad de la empresa, lo cual está en línea con una mayor movilidad (el trabajador puede formarse en parcelas heterogéneas) pero también, y al mismo tiempo, limita la discrecionalidad de la empresa a la hora de cuestionar la pertinencia del permiso de veinte horas anuales que ahora puede acumularse por periodos de cinco años (en lugar de tres). Se despejan dos importantes incógnitas:

- El permiso no puede aplicarse a la formación obligatoria a cargo de la empresa.
- El derecho al permiso «en todo caso» se entenderá satisfecho si se efectúa en el marco de un plan desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva.
- Conciliación

Se quiere potenciar la conciliación de la vida personal y familiar con las necesidades de la empresa favoreciendo «la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos».

4. Flexibilidad interna

 Se prevé la ampliación del 5 % al 10 % el porcentaje de jornada irregular disponible por la empresa, en defecto de pacto.

- Las causas de suspensión del contrato y reducción de jornada se toman de los descuelques o inaplicaciones de las condiciones pactadas en los convenios, unificándose todas ellas, de manera que las causas económicas se entienden concurrentes «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas». En todo caso -¿presunción iuris et de iure?-, «se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Las novedades son, asumidos los textos conocidos, las siguientes:
 - La disminución del nivel de ingresos ha de ser de los ingresos ordinarios, lo que plantea dudas de interpretación más allá de la evidencia de excluir los «extraordinarios», que tampoco se definen.
 - La persistencia se fija en dos trimestres (tres en los despidos) que han de ser inferiores respecto de los mismos del año (natural) anterior. Con ello se despeja en parte la duda que también se cierne sobre los despidos colectivos relativa a los trimestres (noción, cómputo...).
 - Se enfatiza la negociación, pero se admite la sustitución de las consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje aplicables a la empresa.
 - Se establece alguna previsión procesal en el sentido de ordenar la inmediata reanudación del «contrato de trabajo (sic) y condenar a la empresa al abono de los salarios de tramitación en caso de que la medida fuese declarada injustificada judicialmente».

5. Negociación colectiva

Las novedades más relevantes en los descuelgues residen en las causas, ya comentadas. En cuanto a los convenios de empresa, se advierte ahora que «podrá(n) negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior», cerrando el paso a la vieja prohibición de negociación en ámbitos inferiores. En fin, se proyecta reducir de dos años a uno la ultraactividad (y consiguiente caducidad) de los convenios denunciados.

6. Flexibilidad externa

Despidos colectivos

Hay novedades en las causas: en las económicas, la disminución persistente del nivel de ingresos se refiere a los ingresos *ordinarios*. En

cuanto a los trimestres, se aclara, en línea con lo ya indicado, que han de tomarse por referencia los del mismo trimestre del año anterior.

Pendiente aún de desarrollo reglamentario, se potencia el papel de la autoridad laboral, a la que se reconocen competencias de mediación —con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo— y, entre otros, de verificación del cumplimiento (por medio del servicio público de empleo competente) del plan de recolocación a que se refiere el artículo 51.10 del ET en empresas que despidan a más de cincuenta trabajadores, debiendo requerir en caso de incumplimiento.

Se prevé igualmente la posibilidad de acordar (de mutuo acuerdo) la sustitución del periodo de consultas por procedimientos de mediación o arbitraje a fin de evitar bloqueos en la negociación del ERE.

• Extinción por causas objetivas

Extinción por falta de adaptación: la proyectada reforma prevé que el tiempo destinado a la formación se considere en todo caso tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose la previsión conforme a la cual el empresario abonará al trabajador el salario medio que éste viniera percibiendo.

Extinción por faltas de asistencia: se opta por una vía intermedia y confusa entre la regulación anterior al Real Decreto Ley 3/2012 y la de éste, condicionando ahora la apreciación de la inasistencia del 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos a «que el total de faltas (?) de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles».

• Extinción del contrato y despidos improcedentes

Se modifica el artículo 56.1 del ET en el sentido de que el contrato no se extingue con el abono de la indemnización una vez que la empresa opta por la no readmisión, sino con el ejercicio de la opción por la indemnización, la cual se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo.

Responsabilidad del FOGASA

Se modifica el artículo 33.8 del ET para evitar la responsabilidad directa del FOGASA no sólo cuando se declara la improcedencia del despido en conciliación (administrativa o judicial) o mediante sentencia, sino en cualquier supuesto de decisión extintiva improcedente. Ello se completa con la obvia adición de que el empresario, en tales casos, se hará cargo del pago íntegro de la indemnización, lo que evita estrategias dirigidas a minorar el importe indemnizatorio con cargo a esta responsabilidad directa del FOGASA.

Sector público

Las medidas de flexibilidad externa que afectan al sector público no se limitan, como es lógico, al estatal, sino también al autonómico y al local. Por otra parte, se reconoce expresamente la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido tal condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad mediante un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades integrantes del sector público.

Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Carlos Vázquez Cobos

Abogado socio coordinador del Área de Público de Gómez-Acebo & Pombo

Blanca Lozano Cutanda

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

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, publicada en el BOE de 27 de abril del 2012, introduce importantes novedades dirigidas a dar cumplimiento a la normativa europea y al mandato contenido en el nuevo artículo 135 de la Constitución de que sus principios sobre límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública se desarrollen en una ley orgánica. Resulta especialmente destacable la articulación por la ley orgánica de novedosas medidas preventivas, correctivas y coercitivas para lograr la plena efectividad de sus previsiones.

En el origen de la ley orgánica se encuentra el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado el 2 de marzo del 2012 por todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto el Reino Unido y la República Checa, que ahora deberá ser ratificado por todos los países¹. El tratado ha sido calificado de «incompleto» porque no consagra aún una verdadera unión fiscal, pero establece límites concretos al déficit estructural y al volumen de deuda pública de las partes contratantes y exige que sus normas se incorporen a los derechos nacionales a más tardar un año después de la fecha de su entrada en vigor.

La ley orgánica incorpora las exigencias del tratado al tiempo que se adapta a las previsiones contenidas en los reglamentos comunitarios sobre supervisión y coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Es previsible que la futura ley orgánica entre en vigor dentro del plazo establecido en el tratado, con lo que España cumplirá con sus disposiciones. Interesa señalar a este respecto que, de acuerdo con la ley orgánica, los límites impuestos al déficit estructural y al volumen de deuda pública no tendrán que cumplirse hasta el 1 de enero del 2020. Sin embargo, ello no implica per se una contravención de las reglas del tratado, pues éste prevé que puedan existir desviaciones de sus objetivos a medio plazo y lo que exige es que se introduzca un mecanismo corrector y que se cumpla un calendario de reducción (que fijará la Comisión Europea en función de las circunstancias de cada país).

La nueva ley orgánica deroga el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (TRLGEP) y la Ley Orgánica 5/2001, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. La disposición final cuarta introduce algunas modificaciones en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, entre las que destaca la incorporación de mecanismos para hacer efectiva la repercusión de las deudas que hayan podido contraer frente al Estado sobre los recursos que integran el sistema de financiación autonómico.

Hay que señalar que en el TRLGEP se había incluido ya, mediante el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, la «regla de gasto» de las Administraciones Púbicas (en virtud de la cual el gasto de éstas no podrá aumentar por encima de la tasa de crecimiento de referencia del producto interior bruto o PIB) y las disposiciones para hacerla efectiva, las cuales reproduce en términos parecidos la ley orgánica (art. 12), pero esta regla únicamente resultaba aplicable a la Administración del Estado y a las Administraciones locales, y la Ley Orgánica la hace extensiva a las Comunidades Autónomas. También se hallaban esbozadas en la legislación vigente diversas medidas para la instrumentación del principio de estabilidad financiera, pero resultaban claramente insuficientes para hacer frente a una situación como la actual y, sobre todo, faltaban medios de prevención y de corrección de los incumplimientos.

La ley orgánica introduce importantes medidas preventivas, correctivas y coercitivas para lograr la plena

¹ El texto del tratado puede consultarse en http://european-council.europa.eu/media/639250/02 - tscg.es.12.pdf.

efectividad de sus previsiones. Para ello se apura hasta el máximo el límite de las competencias estatales para supervisar, controlar y, en su caso, corregir al resto de las Administraciones territoriales, incluidas las comunidades autónomas.

Enunciaremos aquí las principales novedades que aporta la ley orgánica en relación con la legislación en materia de estabilidad presupuestaria vigente. Interesa precisar que su ámbito de aplicación subjetivo (sector público) coincide sustancialmente con el del TRLGEP, aunque el «sector Administraciones Públicas», como categoría diferenciada dentro del concepto más amplio de sector público, pasa a definirse con arreglo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 1995). A las entidades del sector público que no son Administraciones Públicas se les aplican, en los términos que establece la ley orgánica, los principios generales de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad y transparencia.

1. Principios generales (capítulo II):

- Se reiteran los principios ya consagrados en la legislación vigente de estabilidad presupuestaria, plurianualidad y eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos y se amplía notablemente el principio de transparencia, cuya instrumentación se detalla el capítulo V de la ley orgánica (con medidas tales como la creación en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MHyAP) de una central de información de carácter público sobre la actividad económicofinanciera de las distintas Administraciones a la que las entidades financieras y el Banco de España proveerán de datos sobre las operaciones de crédito que lleven a cabo).
- Se añaden tres nuevos principios: 1) sostenibilidad financiera, definida como «la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública» (límites a la deuda pública dirigidos a procurar, como dice la exposición de motivos, una estabilidad presupuestaria con carácter permanente); 2) responsabilidad, de modo que sea la Administración incumplidora o la que contribuya a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea quien asuma las responsabilidades que se deriven del incumplimiento (la disposición adicional segunda reproduce la previsión contenida en la Ley de Economía Sostenible relativa a la responsabilidad de cada Administración o entidad integrante del sector público por incumplimiento de normas de derecho comunitario); 3) lealtad institucional, que aplica, en materia presupuestaria, los principios de cooperación y colaboración ya

consagrados en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, y remite al Gobierno el diseño de mecanismos concretos de coordinación.

2. Reglas para instrumentar el principio de estabilidad presupuestaria (art. 11):

- Las Administraciones Púbicas deben presentar equilibro o superávit, sin que puedan incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, sin tener en cuenta las medidas excepcionales y temporales (para su cálculo se aplicará la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria).
- Se prevén tres supuestos en los que se admite un déficit estructural:
 - a) En el caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo podrá alcanzarse en el conjunto de las Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 % del PIB o el establecido en la normativa europea si éste fuera inferior.
- b) El Estado y las comunidades autónomas podrán presentar déficit estructural en las situaciones excepcionales tasadas en la ley (catástrofes naturales, recesión económica o situación de emergencia extraordinaria), que deberán ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y con la aprobación de un plan de reequilibrio.
- c) Las Administraciones de la Seguridad Social podrán incurrir excepcionalmente en un déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, pero en este caso el déficit estructural máximo admitido para el conjunto de las Administraciones se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social.

3. Límites de la deuda pública o «sostenibilidad financiera» (art. 13):

 El volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre el Procedimiento Aplicable en caso de Déficit Excesivo², del conjunto de las Administraciones Públicas no podrá superar el 60 % del producto interior bruto nacional expresado en términos nominales, o el que establezca la normativa europea. Se concretan los porcentajes en los que se distribuye este límite entre las distintas Administraciones.

Se incluye, por tanto, dentro del volumen de deuda pública, la totalidad de la deuda financiera de las Administraciones Públicas (deuda pública negociable y operaciones de crédito), pero no la deuda comercial.

- Estos límites sólo podrán superarse por las circunstancias extraordinarias que permitan incurrir en déficit estructural.
- La Administración que supere su límite de deuda pública no podrá realizar operaciones de endeudamiento neto.

Prioridad absoluta de pago de la deuda pública:

El artículo 14 de la ley orgánica reitera la previsión del artículo 135.3 de la Constitución.

5. Determinación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública (arts. 15 y 16):

El procedimiento es semejante al previsto actualmente por el artículo 8 del TRLGEP. La principal novedad consiste en que, una vez aprobados por el Gobierno los objetivos globales, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas formulará una propuesta de objetivos para cada una de las comunidades autónomas.

6. Medidas preventivas, correctivas y coercitivas (capítulo IV):

Este capítulo dota al Gobierno de un amplio elenco de medidas dirigidas a embridar, cuando fuere necesario, el déficit de las comunidades autónomas y las corporaciones locales, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- Cuando el volumen de deuda pública «se sitúe por encima del 95 % de los límites establecidos en el artículo 13.1 de esta ley», las únicas operaciones de endeudamiento permitidas a la Administración Pública correspondiente serán las de tesorería.
- El Gobierno, en caso de proyectar un déficit a largo plazo del sistema de pensiones, «revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social». Este precepto parece operar una deslegalización en relación con la revisión de los parámetros fundamentales del sistema de la Seguridad Social, como lo corrobora el hecho de que no se haya corregido su redacción a pesar de la advertencia en este sentido efectuada por el Consejo de Estado en su informe.
- Se regula un mecanismo de «alerta temprana», inspirado en el que aplica la Comisión para

garantizar el cumplimiento del derecho comunitario, en virtud del cual, cuando el Gobierno aprecie riesgo de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, formulará una advertencia motivada a la Administración responsable previa audiencia de ésta. Tal advertencia ya estaba prevista en el TRLGEP, pero ahora se otorga a la Administración el plazo de un mes para que adopte las medidas necesarias para evitar el riesgo y, si no se adoptaren o el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MHyAP) aprecia que son insuficientes para corregir el riesgo, se aplicarán las medidas correctivas previstas en los artículos 20,21 y 25.1a de la ley orgánica.

· Medidas automáticas de corrección en los supuestos de incumplimiento (art. 21): a) si las corporaciones locales incumplen el objetivo de estabilidad presupuestaria o de deuda pública, todas las operaciones de endeudamiento a largo plazo de la corporación incumplidora precisarán autorización del Estado o, en su caso, de la comunidad autónoma que tenga atribuida la tutela financiera; b) si son las comunidades autónomas quienes incumplen el objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto, la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios por parte de la Administración central precisará, con carácter previo a su concesión o suscripción, informe favorable del MHyAP.

De esta forma, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad se va a tener en cuenta no sólo para autorizar emisiones de deuda, sino —lo que constituye una importante novedad— para la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios.

• Plan económico-financiero y plan de reequilibrio (art. 21): en la legislación anterior se preveía ya la elaboración de «planes económico-financieros de reequilibrio» para las Administraciones incumplidoras del objetivo de estabilidad presupuestaria. La ley orgánica diferencia, sin embargo, entre la necesidad de elaborar un «plan económico-financiero» para las Administraciones que incumplan el objetivo de estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública o la regla de gasto, y la necesidad de elaborar un «plan de reequilibrio» cuando, por las razones excepcionales previstas en sus preceptos, se incurra en déficit estructural o se superen los límites de la deuda pública. La ley orgánica precisa mucho más el contenido que deben incluir estos planes y, sobre todo, establece de forma detallada un mecanismo para su aprobación3 y seguimiento4.

La aprobación de los planes corresponderá a las Cortes en el caso de los planes de la Administración estatal, y al MHyAP o, en su caso, a la comunidad autónoma que ejerza la tutela financiera, en el caso de las corporaciones locales. Para las comunidades autónomas se dispone que el Consejo de Política Fiscal y Financiera valorará su idoneidad y podrá solicitar

7. Medidas coercitivas:

De conformidad con el artículo 25.1, en caso de falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, la Administración Pública responsable deberá:

- a) Aprobar, en el plazo de quince días desde que se haya producido el incumplimiento, la no disponibilidad de créditos que garantice el objetivo establecido. Asimismo, cuando resulte necesario para dar cumplimiento a los compromisos de consolidación fiscal de la Unión Europea, las competencias normativas que se atribuyan a las comunidades autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado (previsión que se ha introducido durante la tramitación parlamentaria de la ley).
- b) Constituir un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2 % de su PIB nominal, que será cancelado en el momento en que se apliquen las medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos, pero que podrá transformase en una multa coercitiva si transcurridos nueve meses persistiera el incumplimiento.

El artículo 25.2 dispone que, de no adoptarse estas medidas o en caso de resultar insuficientes, el Gobierno podrá acordar el envío, bajo la dirección del MHyAP, de una delegación de expertos (cuya composición no se precisa) para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada y hacer propuestas de obligado cumplimiento para la Administración incumplidora (medida esta que también se inspira claramente en el derecho de la Unión Europea).

El precepto añade que no se podrá autorizar ninguna operación de crédito ni la Administración correspondiente tendrá acceso a los mecanismos de financiación previstos en la ley hasta que dichas medidas hayan sido implementadas.

El artículo 26 estipula como último recurso la posibilidad, para el caso de que una comunidad autónoma no adoptase ninguna de estas medidas y tras ser requerida por el Gobierno persistiese en el incumplimiento, de acudir al supuesto extraordinario de adopción de medidas de ejecución forzosa previsto en el artículo 155 de la Constitución

(hasta ahora inédito). De igual modo, en el caso de las corporaciones locales, la persistencia en el incumplimiento podrá llevar en último extremo a la adopción de las medidas extraordinarias de disolución de los órganos de la corporación prevista en el artículo 61 de la Ley de Bases de Régimen Local.

8. Mecanismos adicionales de financiación para las comunidades autónomas y las corporaciones locales (disposición adicional primera):

Se trata de otorgar una cobertura con rango de ley orgánica a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez que ya están en marcha (reguladas por los reales decretos leyes 4/2012 y 7/2012).

En la tramitación parlamentaria de la ley orgánica se han completado las previsiones de este precepto, en especial las relativas al seguimiento de los planes de ajuste (que se encomienda al MHyAP) y a las medidas para garantizar el reembolso, por parte de las Administraciones que se sometan a estos mecanismos, de las cantidades derivadas de las operaciones de deudas concertadas. Se prevé así que, en función del riesgo que se derive de los informes de seguimiento de los planes de ajuste, el MHyAP podrá acordar su sometimiento a actuaciones de control por parte de la Intervención General del Estado, que, para ello, podrá concertar convenios con las intervenciones generales de las comunidades autónomas o, en el caso de las corporaciones locales, contar con la colaboración de empresas privadas de auditoría.

9. Gestión presupuestaria (capítulo VII):

Se exige a las Administraciones Públicas:

- a) Que elaboren un marco presupuestario a medio plazo (como mínimo tres años) que permita garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, teniendo en cuenta las estimaciones de ingresos y gastos y los principales supuestos en que se basan dichas previsiones.
- b) Que aprueben anualmente (antes del 1 de agosto) un límite máximo de gasto no financiero, coherente con el objetivo de estabilidad presupuestaria y la regla del gasto, que marcará el techo de asignación de recursos de sus Presupuestos.

la presentación de un nuevo plan si no lo estima suficiente. En último caso, de no presentarse un nuevo plan o de seguir considerándose insuficiente, podrán aplicarse las medidas coercitivas que se expondrán a continuación.

El MHyAP dará publicidad a los planes y elaborará semestralmente un informe de seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en ellos (para las corporaciones locales, el informe se elaborará anualmente por el MHyAP o la Comunidad Autónoma que ejerza la tutela financiera). Cuando en los informes de seguimiento se verifique una desviación, el ministro requerirá a la Administración responsable para que la corrija y, si en el informe trimestral siguiente se verifica que se persiste el incumplimiento del objetivo de estabilidad, se aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 25 de la Ley Orgánica.

- c) Que constituyan presupuestariamente, como dotación diferenciada de créditos, un fondo de contingencia para atender necesidades de carácter no discrecional e imprevistas.
- d) Que destinen su superávit presupuestario a la reducción del endeudamiento neto y, en el caso de la Seguridad Social, prioritariamente a aumentar el Fondo de Reserva.

10. Control de constitucionalidad (disposición adicional tercera):

Toda vez que ya en el proyecto de ley se incorporaron las modificaciones propuestas por el Consejo de Estado al sistema originariamente previsto en el anteproyecto de ley (que permitía, entre otras cosas, activar este control por la infracción de cualquiera de los preceptos de la ley sin necesidad de una infracción constitucional), la principal novedad que aporta este precepto a los procedimientos ya establecidos en la ley orgánica del Tribunal Constitucional consiste en la previsión de que, si en aplicación de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, la impugnación de una ley de presupuestos produce la suspensión de su vigencia, se entenderán automáticamente prorrogados los presupuestos

del ejercicio anterior hasta la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente, hasta la aprobación de una ley que derogue, modifique o sustituya las disposiciones impugnadas o, en su caso, hasta el levantamiento de la suspensión de la ley impugnada.

11. Periodo transitorio (disposición transitoria primera):

Se estipula un periodo transitorio hasta el año 2020 durante el cual se establecen unas sendas de reducción anuales de los desequilibrios presupuestarios para poder alcanzar en ese año los objetivos de equilibrio estructural y una deuda pública del 60 % del PIB marcados por la ley orgánica.

12. Entrada en vigor (disposición final séptima):

Se produjo al día siguiente de su publicación (el 1 de mayo), pero los objetivos de estabilidad presupuestaria y de endeudamiento público previstos en los artículos 11 y 13 de la ley entrarán en vigor el 1 de enero del 2020 (las modificaciones de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas entrarán en vigor el 1 de enero del 2013).

La congelación de las tarifas eléctricas no encuentra calor en el Tribunal Supremo

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

En diversos autos del 2, 8, 12 y 15 de marzo del 2012, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima la solicitud de medidas cautelares de las eléctricas Iberdrola, Endesa, Gas Natural y UNESA en los recursos de impugnación de la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir del 1 de enero del 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial y obliga al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MIET) a revisar los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para el primer trimestre del 2012.

1. Autos de revisión de tarifas eléctricas

Las compañías eléctricas interpusieron recursos contencioso-administrativos contra la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, que establece los peajes de acceso a partir del 1 de enero del 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial. En autos de fechas 2 y 8 de marzo del 2012 (dictados en los recursos de Iberdrola y Endesa, respectivamente), con idéntico razonamiento jurídico, el Tribunal Supremo estima parcialmente la solicitud de medidas cautelares. Constatada la insuficiencia de la Orden IET/3586/2011 por no haber reconocido el importe del desajuste temporal estimado para el ejercicio 2011 ni el importe real de la anualidad para la recuperación del déficit estimado en el ejercicio 2012 -- partidas de costes que han de ser cubiertas con cargo a los peajes de acceso del 2012-, el Tribunal Supremo declara que, de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la orden impugnada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad los costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas reseñadas (importe del desajuste temporal estimado para el ejercicio 2011 e importe real de la anualidad para la recuperación del déficit estimado en el ejercicio 2012). La medida tiene carácter retroactivo y exige la revisión de los peajes con efectos desde el 1 de enero del 2012, lo que conllevará un incremento de las tarifas eléctricas de último recurso, que son las abonadas por la mayoría de los consumidores. En similares términos se pronuncian los autos del 12 y 15 de marzo del 2012.

2. Precedentes

Dentro de la secuencia trimestral de disposiciones que establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de la energía eléctrica, la Orden IET/3586/2011 sucede en el tiempo a la Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre, por la que se revisaron los peajes de acceso, se establecieron los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizaron determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial a partir del 1 de octubre del 2011.

Mediante tres autos dictados el 20 de diciembre del 2011 (JUR 2012\449; JUR 2012\451 y JUR 2012\450), la misma sala suspendió la eficacia de parte de esta orden en la medida en que disponía la reducción de los «términos de facturación de energía activa» aplicable a los peajes 2.OA y 2.ODHA respecto de los anteriormente fijados (art. 1.2). En atención a dichos autos, el Ministerio revisó las tarifas con carácter retroactivo, generándose cierta polémica en torno a la interpretación de la fecha de eficacia de la medida cautelar (23 de diciembre del 2011, fecha de notificación de los autos frente al 1 de octubre del 2011, fecha de comienzo del trimestre afectado por la orden impugnada). La Resolución de 30 de diciembre del 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, estableció el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso aplicables en el periodo comprendido entre el 23 y el 31 de diciembre del 2011, ambos inclusive, y en el primer trimestre del 2012, pero el propio Tribunal Supremo ha declarado que ni la disposición adicional sexta de la Orden IET/3586/11 ni la Resolución de la Dirección General Política Energética y Minas del 30 de diciembre del 2011 dan pleno cumplimiento a la suspensión acordada, por lo que designa al Ministerio de Industria, Energía y Turismo como órgano responsable de efectuar actuaciones para dar cumplimiento a lo acordado y extiende la eficacia de la revisión al periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 22 de diciembre del 2011 (autos de 28 de febrero, 22 de marzo y 21 de mayo del 2012).

La misma sala ha dictado ya varias sentencias por las que se anula parcialmente la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, por la que se revisaron los peajes de acceso a partir del 1 de julio del 2010 y que tenía como efecto la «congelación» de las tarifas abonadas por los consumidores. Se trata de las sentencias de 31 de octubre del 2011 (JUR 201 \393225), de 4 y 16 de noviembre del 2011 (JUR 2011\393226 y 2011\404908, respectivamente).

3. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la revisión de tarifas eléctricas

Las órdenes de revisión de tarifas eléctricas se suceden trimestralmente y su impugnación judicial se ha convertido en un clásico. Cada orden de tarifas va acompañada de los subsiguientes recursos de las compañías eléctricas. De las diversas resoluciones (autos y sentencias) dictadas por el Tribunal Supremo en estos procesos se extraen las líneas que definen la posición del Alto Tribunal sobre esta cuestión, que bien podrían constituir un «recetario para la elaboración de una buena orden de revisión de tarifas»:

Los peajes de acceso han de fijarse conforme a criterios objetivos vinculantes.

En el actual marco normativo, la fijación de los peajes de acceso a las redes eléctricas está sometida a una serie de criterios objetivos que no están disponibles ni son opcionales para quienes han de dictar las correspondientes órdenes, sino que son de obligado cumplimiento. Afirma el Tribunal Supremo que «el interés general, en cuanto criterio rector del otorgamiento de la tutela cautelar, se protege adecuando las decisiones singulares al marco legal y no viceversa» (autos de 2 y 8 de marzo del 2012).

Los peajes de acceso han de cubrir los costes previstos legalmente.

Conforme al sistema vigente y a los efectos del cálculo de la tarifa de último recurso, ha de sumarse al coste de producción de energía eléctrica el importe de los peajes de acceso que cubren los costes de las actividades reguladas. Tales peajes de acceso deben ser calculados según parámetros objetivos que respondan precisamente a la estimación de los costes legalmente establecidos (autos de 20 de diciembre del 2011). Según el Tribunal Supremo, no concurre esta exigencia en la Orden IET/3586/2011, pues «la fijación de los peajes de acceso establecidos no se corresponde, de modo manifiesto, con la debida estimación de los costes legalmente previstos que aquéllos deben cubrir».

La insuficiencia de los peajes de acceso para cubrir los costes de las actividades reguladas agrava el déficit tarifario en un sentido contrario al que se deriva de las reglas que han establecido tanto el Gobierno, mediante la aprobación de sucesivos reales decretos leyes a partir del 6/2009, como el Parlamento, mediante las modificaciones de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.

Los peajes de acceso han de cubrir el déficit ex ante real.

Entre los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico que estima la Orden IET/3586/2011 figura el correspondiente al déficit ex ante de ingresos en las liquidaciones de aquellas actividades, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del 2012, por una cantidad de 1500 millones de euros (art. 3.3). Según declara el Tribunal Supremo, la cifra se ajustaría, «en principio», a lo establecido en la Ley del Sector Eléctrico (DA 21.ª.4 Ley 54/1997). En efecto, dentro de la senda de reducción progresiva de los déficits ex ante cuya última expresión normativa fue el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que estableció medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, la cantidad correspondiente al último año en que dicho déficit puede aparecer (2012) antes de su definitiva supresión en el 2013 es de 1500 millones de euros, cantidad que imperativamente ha de incluirse en las disposiciones por las que se aprueben los peajes de acceso. Sin embargo, considera el tribunal que esta cifra no se ajusta a las previsiones reales, ya que según la memoria del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que acompaña al proyecto de orden y según el informe de la Comisión Nacional de Energía el déficit ex ante realmente previsto para el año 2012 es superior a la cifra de 1500 millones de euros, lo que significa que los peajes de acceso deben sufrir un incremento adicional al ya incorporado por la Orden IET/3586/2011. Sólo así se conseguirá no sobrepasar el límite máximo legalmente impuesto.

Los peajes de acceso han de cubrir las cantidades precisas para sufragar el desvío o desajuste temporal de las actividades reguladas del año anterior.

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, los desajustes temporales que resulten de las liquidaciones de las actividades reguladas de cada periodo por exceder del déficit *ex ante* legalmente autorizado han de ser objeto de un expreso reconocimiento en las disposiciones de aprobación de los peajes de acceso del periodo siguiente (SSTS de 31 de octubre del 2011 y de 4 y 16 de noviembre del 2011). En realidad, se trata de una partida de déficit *ex post* que puede generarse por circunstancias coyunturales o por errores en las previsiones iniciales y que debe, en todo caso, ser recuperada por las empresas acreedoras a su cobro, precisamente con cargo a los peajes del ejercicio siguiente.

Constata el tribunal que la orden de revisión de peajes de acceso para el primer trimestre del ejercicio 2012 no prevé esta partida (cantidades precisas para sufragar el desvío o desajuste temporal de las actividades reguladas del 2011), pese a que la Comisión Nacional de Energía ya había practicado determinadas liquidaciones mensuales correspondientes al 2011 mediante las cuales se ponía de relieve la existencia de aquellos desajustes. Era obligado incrementar los peajes de acceso del ejercicio siguiente (2012) para computar como coste de dicho año el importe de los referidos desvíos ocasionados en el año 2011 en la cuantía necesaria para que las empresas recuperasen las cantidades aportadas para su financiación más sus intereses, obligación que la orden no satisface.

No se pueden reducir discrecionalmente los peajes de acceso (parte regulada de la tarifa eléctrica) para compensar el incremento del precio de la energía alcanzado en las subastas CESUR y evitar la subida de las tarifas de último recurso (congelación de las tarifas pagadas por los consumidores).

Ya en sus autos de 20 de diciembre, el Tribunal Supremo rechazó de modo expreso que las órdenes de fijación de los peajes de acceso pudieran reducir éstos cuando tal disminución no se correspondiera con la suma de los costes estimados de las actividades reguladas, incluida la incorporación de los de la tarifa de último recurso, derivados de la «subida» del precio de la energía fijado en las subastas correspondientes. Afirma el tribunal que «... sólo mediante una modificación legislativa sería posible legitimar este género de decisiones que distorsionan el modelo de retribución establecido por la Ley 54/1997 y sus normas de desarrollo» e insiste en que «salvo una reforma normativa que lo autorice con carácter general, no cabe alterar el importe de los peajes, ignorando la existencia de partidas que obligatoriamente han de incorporarse a su cálculo, con la finalidad de "contrarrestar" una eventual subida de los costes de producción de energía eléctrica» (SSTS de 31 de octubre, de 4 y 16 de noviembre del 2011 y autos de 20 de diciembre del 2011).

En los autos de marzo del 2012, las palabras del Tribunal Supremo son aún más rotundas y no dejan lugar a duda sobre la práctica gubernamental basada en el incremento o reducción de los peajes de acceso en función del precio de la energía alcanzado en la subasta CESUR a fin de conseguir que las tarifas finales pagadas por los consumidores no resulten alteradas (congelación de tarifas). Afirma el tribunal que «por muy bien intencionadas que sean este género de decisiones "compensatorias", [...] no tienen cabida en la actual regulación del sector eléctrico».

La difícil situación financiera de las eléctricas motiva un cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares

Como se ha dicho, la impugnación de las sucesivas órdenes de tarifas por las compañías eléctricas y la correspondiente solicitud de medidas cautelares se ha convertido en todo un clásico. Hasta el 20 de diciembre del 2011, el Tribunal Supremo había venido rechazando la suspensión cautelar de las órdenes impugnadas. Así, en sus autos de 27 de julio y 14 y 22 de septiembre del 2010 se rechazaba la suspensión de la Orden ITC/1732/2010 por considerar que los eventuales perjuicios que de ella derivaban para los intereses de las empresas eléctricas demandantes, titulares de los correspondientes derechos de cobro, no ponían a dichas empresas en una situación financiera de difícil solución. Sin embargo, al resolver los recursos contra las últimas órdenes de tarifas (último trimestre del 2011 y primer trimestre del 2012), el criterio se invierte y el tribunal estima la solicitud de medidas cautelares. ¿Cuál ha sido el motivo justificante del cambio de criterio?

El propio tribunal explica el porqué de su cambio. Al admitir la medida cautelar se pretenden evitar perjuicios económicos de imposible o muy difícil reparación que derivan de la acreditada insuficiencia de los peajes establecidos para cubrir los costes que con ellos deben sufragarse. En primer lugar, se constata la «manifiesta ilegalidad de la reducción de los peajes de acceso como mecanismo de compensación ante la subida de los precios de la energía eléctrica resultantes de las subastas», ilegalidad que ya ha sido declarada con carácter firme por la sala (SSTS de 31 de octubre y de 4 y 16 de noviembre del 2011). Por otro lado, «la reiteración de este género de medidas en sucesivas órdenes ITC multiplica sus efectos perturbadores y agrava la cuantía del déficit cuyo pago se pospone, en contra de las previsiones legales, para ulteriores ejercicios», lo que sitúa a las eléctricas en una difícil situación financiera.

Al resolver el incidente cautelar, el Tribunal Supremo tiene en cuenta no tanto las alegaciones de las partes como los informes preceptivos emitidos por la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento de aprobación de las órdenes impugnadas (informes 29/2011 y 39/2011), en los que advierte de la magnitud de los riesgos que «para la sostenibilidad del sistema eléctrico» supone «utilizar la revisión de los peajes de acceso para compensar un posible aumento del coste de energía de la tarifa de último recurso» y se califica esta medida de contraria a los intereses generales. El tribunal pone de manifiesto que las órdenes de tarifas impugnadas se apartan del criterio de este organismo que sistemáticamente advierte al Gobierno en sus informes sobre la necesidad de «utilizar las revisiones trimestrales en los peajes de acceso para corregir la senda de déficit y alcanzar cuanto antes la suficiencia, tal y como establece la normativa vigente» (autos de 20 de diciembre del 2011 y de 2 y 8 de marzo del 2012).

En el informe correspondiente a la propuesta de orden de tarifas del primer trimestre del 2012, la Comisión Nacional de Energía había advertido de que la reducción de los peajes aumenta «la deuda del sistema, los costes de su financiación con el correspondiente impacto sobre los peajes de acceso futuros y [...] el esfuerzo necesario en el futuro para ajustar los peajes a los costes medios de actividades reguladas», lo que pone de manifiesto la concurrencia de perjuicios de muy difícil o imposible reversibilidad, perjuicios que se sobreponen a los inmediatos para las empresas eléctricas titulares de los correlativos derechos de cobro postergados.

Concurre además otra particularidad importante en las medidas cautelares interesadas por Endesa. La modalidad de cautela, solicitada con carácter principal e impuesta por el Tribunal Supremo, no es la suspensión temporal de la eficacia de un determinado precepto de la orden impugnada, que sólo se pide con carácter subsidiario, sino la adopción de «medidas cautelares positivas» consistentes en que «se ordene» a la Administración del Estado la adopción de las medidas precisas para adecuar los peajes de acceso a los costes que deben sufragar.

5. Medidas rechazadas

Solicitaba también Endesa el incremento cautelar de la cuantía de las anualidades correspondientes a los déficits de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas en los años 2006 y 2008, fijadas en el artículo 3.1 de la Orden IET/3586/2011, en los términos que resultasen de la aplicación de un tipo de interés de mercado para establecer la cuantía de tales anualidades. La sala no considera que se pueda apreciar en fase cautelar la desviación de la orden impugnada respecto de los tipos de intereses de cobro correspondientes a las anualidades para la recuperación del déficit de los años 2006 y 2008.

En las sentencias de 16, 17 y 18 de marzo del 2011 (RJ 2011\1768, 2011\1769 y 2011\2199), el Tribunal Supremo afirmó que aquel interés debe asegurar la plena restitución de las cantidades adelantadas por las empresas, siendo insuficiente el previsto por el Real Decreto 485/2009. Pero también consideró que la fijación de un determinado coeficiente adicional que se añada al tipo (euríbor a tres meses) plasmado en la disposición adicional del Real Decreto 485/2009 «corresponde al titular de la potestad reglamentaria, sin que esta sala pueda sustituirle en sus específicas atribuciones de precisarlo» y que «al establecer dicho coeficiente diferencial, añadido al tipo del euríbor a tres meses, el titular de la potestad reglamentaria no está obligado a suplir éste hasta el importe exacto de la media de tasa de interés aplicada a la

financiación en su conjunto de las empresas eléctricas, tasa en cuya génesis pueden haber incidido determinados factores (condiciones singulares del prestatario, entre otros) ajenos a los que corresponderían, en sí mismos considerados, a los derechos de cobro del déficit tarifario». A tenor de estas razones, el Tribunal Supremo no accedió a la medida cautelar en lo que se refiere al tipo de interés aplicado para el cálculo de las anualidades destinadas a satisfacer los derechos de cobro correspondientes al déficit de los años 2006 y 2008.

6. Revisión normativa

La revisión retroactiva de las tarifas y la correlativa refacturación impuesta por los citados autos emitidos en los procesos seguidos contra las órdenes de fijación de tarifas que establecían la «congelación de las tarifas eléctricas» se concreta en el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Realmente, el real decreto ley habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente la norma y autoriza al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a fijar los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución según la metodología aprobada por la Comisión Nacional de Energía y, en tanto ésta se aprueba, según la metodología vigente, pudiendo la Dirección General de Política Energética y Minas revisar las tarifas para incluir el incremento de los peajes de acceso conforme al principio de aditividad, tal y como ha exigido el Tribunal Supremo. La revisión surte efecto desde el 1 de abril del 2012 y ha dado lugar a las correspondientes refacturaciones complementarias. La Orden IET/843/2012, de 25 de abril, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de abril del 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, y la Resolución de 25 de abril del 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establecen las tarifas de último recurso a aplicar en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 22 de diciembre del 2011, ambos inclusive, y en el primer trimestre del 2012 y se establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de abril del 2012, dan cumplimiento a los autos del Tribunal Supremo autorizando la refacturación de los consumos correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 22 de diciembre del 2011 y al primer trimestre del 2012. Para que la refacturación resulte menos gravosa, se fraccionará en las diversas facturas emitidas hasta el 31 de diciembre del 2012 y, para que resulte menos compleja, las eléctricas deberán informar sobre estas prácticas mediante el envío de las cartas tipo contenidas en los anexos de la Orden IET/843/2012.

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.

argo: Teléfono: Torreo electrónico:			
Dirección postal: Qué temas le interesan que la Firma ate 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.

BARCELONA

Diagonal, 640 08017 Barcelona Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36 48009 Bilbao Tel.: (34) 94 415 70 15

BRUSELAS

Avenue Louise, 267 1050 Bruselas Tel.: 32 (0) 2 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131 1250-140 Lisboa Tel.: (351) 21 340 86 00

Londres

Five Kings House 1 Queen Street Place EC4R 1QS Londres Tel.: 44 (0) 20 7329 5407

MADRID

Castellana, 216 28046 Madrid Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3 29015 Málaga Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia, 49 46005 Valencia Tel.: (34) 96 351 38 35

Vigo

Colón, 36 36201 Vigo Tel.: (34) 986 44 33 80