JUNY 2016
NÚM. 3

BUTLLETA D'ACTUALITAT JURÍDICA

ILUSTRE COL·LEGI DE L'ADVOCACIA DE BARCELONA

GAJ BARCELONA

TAULA DE CONTINGUTS

DRET CIVIL

JOAQUIM SALLARÈS VIADER

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya Sala del Civil i Penal 37/2016, de 19 de maig 2016. Un aprofundiment en la figura de l'habitatge d'ús turístic.

DRET CONCURSAL

TOMÀS NART MAMPEL

Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril de 2016, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo.

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

Conclusiones, adoptadas por unanimidad en reunión de 10 de febrero de 2016, de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la subasta judicial electrónica.

DRET PENAL

ÓSCAR OTERO FERNÁNDEZ

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 221/2016, de 16 de marzo.

MARÍA MORENO VERA

Las referencias a la mediación penal en las reformas llevadas a cabo en la segunda mitad del 2015.

DRET LABORAL

ANNA GRAU MATE

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 39/2016, de 3 de marzo, sobre la instalación de cámaras de videovigilancia en el trabajo sin consentimiento expreso del empleado.

DRET ADMINISTRATIU

ORIOL ESPAR BOHERA y JESÚS CASTELL DEVÍS

La resolución de las impugnaciones y recursos a la reforma del sector eléctrico y, en especial, en el ámbito de las energías renovables.

GAJ BARCELONA

TAULA DE CONTINGUTS

EDUARD ROYES PERDRIX

Comentarios a las conclusiones de la abogada general en la cuestión prejudicial relativa a la adecuación al Derecho de la Unión Europea del mecanismo extraordinario de pago a proveedores.

DRET FISCAL

MOISES OLLER ANGUSTO

Resolución de 2 de marzo de 2016, del tribunal economico administrtivo central, resuelve un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto sobre el criterio de imputación o precio del servicio que debe existir entre los socios y sus sociedades profesionales.

NÚRIA CUCURULL SERRA

La resolución del tribunal económico-administrativo central de 7 de mayo de 2015 cuestiona la deducibilidad de los interese de demora.

LAURA LAMAS BORRÀS

Consulta vinculante núm. v0445-16, de 4 de febrero de 2016. Escisión parcial. Existencia de rama de actividad en la actividad de arrendamientos de inmuebles.

GAJ BARCELONA

JOAQUIM SALLARÈS VIADER

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya Sala del Civil i Penal 37/2016, de 19 de maig 2016. Un aprofundiment en la figura de l'habitatge d'ús turístic.

LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA SALA DEL CIVIL I PENAL 37/2016, DE 19 DE MAIG 2016. UN APROFUNDIMENT EN LA FIGURA DE L'HABITATGE D'ÚS TURÍSTIC.

La recent sentencia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala del Civil i Penal 37/2016 de 19 de maig 2016 (endavant la Sentència) ha tingut forta repercussió mediàtica en la premsa escrita i en la televisió per tractar un tema que des de fa temps que té interès per la ciutadania, es tracta dels anomenats popularment pisos turístics o apartaments turístics (de l'anglès Touristic Apartments), que en tècnica jurídica son els habitatges d'ús turístic.

La Sentència resol el recurs de cassació 52/2015 interposat contra la sentència de la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona de tretze de febrer de 2015, i per tant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya actua en aquesta ocasió en la funció de tribunal suprem de dret català.

La Sentència cassa la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (endavant l'Audiència) que tot i estimar parcialment el recurs d'apel·lació mantenia la decisió del Jutjat de Primera Instància número 32 de Barcelona que estimant la demanda interposada per una comunitat de propietaris declarava que l'activitat que es desenvolupa a tres dels habitatges era molesta pels veïns, comportava un ús excessiu de les instal·lacions comunes i era contrària a la convivència normal de la comunitat i en conseqüència ordenava als propietaris d'aquests habitatges a cessar l'ús turístic que hi duien a terme.

La sentència de l'Audiència en resoldre el recurs d'apel·lació indicava en els seus fonaments de dret que els habitatge d'ús turístic comportaven una activitat que per si mateixa era una activitat molesta i que alterava la normal convivència de la comunitat de propietaris. Concretament en el fonament de dret cinquè diu:

"L'activitat turística en un edifici és contrària a la convivència normal en el immoble, que és el que no permet l'article 553-40.1. Ho és perquè incrementa l'ús i perquè canvia aquest ús, amb repercussió en els altres departaments i en el seus ocupants. (…) el desenvolupament pels propietaris demandats d'una activitat d'explotació turística que no s'adiu amb la convivència normal en la comunitat, atès el seu inevitable impacte sobre els usos i costums dels ocupants permanents de l'immoble, bàsicament residencial."

La sentència de l'Audiència efectua, amb aquesta literalitat, una abstracció de l'activitat d'habitatge d'ús turístic respecte de la situació de fet concreta i individualitzada en que es desenvolupi l'activitat, concloent que <<per se>> aquesta activitat és contrària a la convivència normal de la comunitat de propietaris.

La Sentència és important perquè aborda l'anàlisi amb profunditat de si efectivament els habitatges d'ús turístic en abstracte són una activitat que altera la normal convivència de la comunitat de propietaris com havia entès l'Audiència, o pel contrari els habitatges d'ús turístic són com qualsevol altre activitat que es pot desenvolupar en un habitatge i, per si mateixos no són contraris a la convivència normal de la comunitat de propietaris.

La conclusió a la que arriba la Sentència és que no. Que l'habitatge d'ús turístic no és en abstracte i per si sola una activitat que trenca la normal convivència d'una comunitat de propietaris. Cal que s'examini individualitzadament els fets per determinar si procedeix o no el cessament de l'activitat. Així en el fonament de dret quart indica:
"En definitiva, no pot concloure's que en abstracte l'existència d'habitatges d'ús turístic suposi una activitat contrària a la convivència normal en la comunitat, sinó que és necessari que l'ús que se'n fa pugui titllar-se d'anòmal o antisocial, com a conseqüència d'una sèrie de conductes o actuacions que mereixin la consideració d'incíviques. Tot i que aquesta anàlisi haurà de produir-se cas per cas."

Per arribar a aquesta conclusió fa el paral·lelisme amb els despatxos professionals o locals oberts al públic que es localitzen en edificis amb habitatges, indicant que aquestes activitats són perfectament admissibles i que no s'ha de confondre simples incomoditats amb molèsties.

JOAQUIM SALLARÈS VIADER

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya Sala del Civil i Penal 37/2016, de 19 de maig 2016. Un aprofundiment en la figura de l'habitatge d'ús turístic.

La Sentència també és important perquè clarifica per primera vegada en una sentència la diferència jurídica entre els habitatges d'ús turístic i els apartaments turístics. El fet cert és que la sentència de l'Audiència indicava que l'activitat que es desenvolupava als habitatges era d'apartament turístic, i en les altres referències jurisprudencials explicites incloses en la sentència de l'Audiència es feia referència a situacions d'apartaments turístics.

La Sentència en el fonament de dret segon indica que després de la Llei 9/2011 que modifica la Llei de Turisme de Catalunya (Llei 13/2002) i la Llei del Dret a l'Habitatge (Llei 18/2007) van possibilitar el Decret 159/2012 que regula els allotjaments turístics i els habitatges d'ús turístic. Mitjançant els preceptes d'aquest Decret i la Llei de Turisme de Catalunya queda clarament diferenciat l'apartament turístic de l'habitatge d'ús turístic.

L'apartament turístic són edificis o conjunts immobiliaris continus que estan constituïts per unitats d'allotjament en la seva integritat i que són explotats com establiment únic o unitat empresarial, i en els que a més de l'allotjament s'hi presten altres serveis turístics com servei d'habitacions, restauració, bugaderia, consergeria, etc.

L'habitatge d'ús turístic son habitatges que són cedits a tercers de forma reiterada a canvi d'una contraprestació econòmica per una estada temporal de curta durada de fins a 31 dies, aquests habitatges han d'estar suficientment moblats i dotats dels estris i béns necessaris per a poder-los utilitzar de forma immediata. Al tractar-se d'habitatges és imprescindible que comptin amb la cèdula d'habitabilitat.

Els usuaris han d'utilitzar l'habitatge per a viure-hi, no reben serveis turístics fora de la seva neteja abans de la seva entrada, i el gestor de l'habitatge d'ús turístic han de garantir el seu correcte funcionament amb un servei d'assistència i manteniment de l'habitatge.

En el cas que l'habitatge estigui en un edifici amb altres habitatges convencionals en règim de propietat horitzontal queden subjectes al règim de les normes establertes en els estatuts de la comunitat, i només es pot prohibir l'activitat d'habitatge d'ús turístic quan els estatuts així ho limitin expressament.

Per tant, la Sentencia ha establert la interpretació de les normes referides als habitatges d'ús turístic de manera clara i sistemàtica en relació amb als preceptes continguts al codi civil català referits a la propietat i als preceptes administratius relatius a l'activitat

TOMÀS NART MAMPEL
Sentencia núm. 246/2016, de 13 de abril de 2016, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo.

SENTENCIA NÚM. 246/2016, DE 13 DE ABRIL DE 2016, DE LA SALA DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO

A raíz de la STS nº 246/2016 de 13 de abril de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se resuelve la controversia relacionada con el ámbito de conocimiento de la reapertura de la sección de calificación concursal por incumplimiento de convenio, fijándose como doctrina jurisprudencial que la calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ceñirse necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

Con anterioridad a dicha doctrina jurisprudencial, existían dos tesis diferenciadas mantenidas por diversas Audiencias Provinciales. Una primera tesis sostenía que la calificación del concurso por incumplimiento del convenio debía limitarse a las causas de dicho incumplimiento, en consonancia con la interpretación literal de los arts. 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal (en adelante, LC). Por el contrario, una segunda tesis entendía que el ámbito de cognición debía alcanzar a todas las conductas tipificadas en los art. 164 y 165 LC, cualesquiera que fuera el supuesto de apertura de la fase de liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en estos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio.

La Sala aboga por esta primera tesis, habiendo anticipado la solución a dicha controversia en su Sentencia nº 29/2013, de 12 de febrero, que, si bien no resolvía la misma, realizaba una clara distinción entre la apertura de la sección de calificación de un convenio "gravoso" y la de un convenio "no gravoso". En ese supuesto la Sala razonaba que el contenido de un convenio gravoso (aquel que supera los límites previstos en el art. 167.1 LC) habría ya dado lugar a la apertura de la sección de calificación, cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC integrado, en su caso, con el art. 165 LC o bien en el art. 164.2 LC, salvo el apartado 3º; mientras que en el caso de un convenio "no gravoso" no habría concurrido una apertura previa de la sección de calificación, pudiendo versar la misma sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en el art. 164 y 165 LC.

En el mismo sentido, la STS nº 246/2016 establece claramente que la calificación concursal por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC y, en consecuencia, se trata de determinar las causas del incumplimiento del convenio y a quién sería atribuible el incumplimiento.

Por último, dicha Sentencia tiene otro punto de interés al resolver a su vez la cuestión relativa a si el retraso en la solicitud de liquidación por incumplimiento de convenio podría tener o no encaje en el art. 165.1º LC (falta de solicitud de concurso de acreedores como presunción iuris tantum de la calificación del concurso como culpable). Respecto de dicha cuestión, la Sala resuelve de manera precisa que no cabe hacer una interpretación analógica o una aplicación extensiva del deber de solicitar la declaración de concurso previsto en el art. 5 LC en relación con un hipotético debe de solicitar la liquidación. La solicitud tardía de la liquidación no está prevista específicamente en la LC como una causa de culpabilidad del concurso y, en consecuencia, no cabe hacer una traslación directa al tipo previsto en el art. 165.1º LC.

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

Conclusiones, adoptadas por unanimidad en reunión de 10 de febrero de 2016, de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la subasta judicial electrónica.

CONCLUSIONES, ADOPTADAS POR UNANIMIDAD EN REUNIÓN DE 10 DE FEBRERO DE 2016, DE LOS MAGISTRADOS Y LETRADOS JUDICIALES DE LOS JUZGADOS MERCANTILES DE BARCELONA, RESPECTO A LA ADAPTACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN A LA SUBASTA JUDICIAL ELECTRÓNICA

Tras la entrada en vigor, el pasado 15 de octubre de 2015, de la "Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil" por la que se introdujo la subasta electrónica, los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona se vieron en la necesidad de actualizar las normas del "Seminario de 23 de marzo de 2011 sobre las operaciones de liquidación" para adaptarlas a la actual regulación.

Se trata de unas normas que, con carácter general, deberán aplicar los Administradores Concursales (en adelante, AC) en la elaboración de los nuevos Planes de Liquidación así como peticiones de subastas de activos concursales en procedimientos en trámite.

Los nueve aspectos más relevantes de las conclusiones, adoptadas por unanimidad en reunión de 10 de febrero de 2016, son los siguientes:

1) SEPARACIÓN DE LOS BIENES EN LOTES: Como regla general, se establece que deberán separarse por Lotes los bienes con carga o gravamen de aquellos que estuvieran libres de cargas, a excepción que se considere que la venta separada será de difícil o imposible realización.

2) DELIMITAR CON PRECISIÓN LOS BIENES EN RELACIÓN A LA LOCALIZACIÓN, SITUACIÓN POSESORIA Y PRECIO DE SUBASTA: Se debe facilitar al postor la identificación y localización del activo así como se recomienda acompañar fotografías del mismo. Es importante informar de la situación posesoria del bien así como fijar el precio del bien a efectos de subasta (será el precio fijado en el Inventario que servirá de base para determinar el 5% de consignación a efectos de depósito).

3) DELIMITAR EL PERIODO MÁXIMO PARA LA RECEPCIÓN DE SOLICITUDES DE VISITA Y EXAMEN DE LOS BIENES SUBASTADOS: El AC debe incorporar un correo electrónico a efectos de solicitud de visita y examen de los bienes objeto de subasta que deberá responder durante los 20 días de duración de la subasta.

4) PRECIO DE ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES: Se fija un precio mínimo de puja y adjudicación de 100 Euros, con la salvedad de la vivienda habitual del concursado, en cuyo caso no se aceptarán posturas inferiores al 70% del valor de tasación.

5) TRAMOS DE LAS PUJAS: Fijada la puja mínima de 100 Euros, se establece un tramo de puja de 100 Euros en los bienes inmuebles y de 50 Euros en los bienes muebles, salvo que de forma motivada el AC considere que debe fijarse un tramo superior.

6) POSICIÓN DEL ACREEDOR PRIVILEGIADO: El acreedor privilegiado, dentro de las observaciones al Plan de liquidación (o del plazo de firmeza del Decreto que anuncia la subasta judicial electrónica), deberá manifestar ante el Tribunal:

a) Si solicita el alta como acreedor privilegiado en el Portal de Subastas, le conllevará el beneficio de exención del pago del depósito para participar en la subasta (5% del precio del bien a efectos de subasta).

El acreedor privilegiado no podrá solicitar la cesión de remate, por cuanto no ostenta los beneficios del ejecutante de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), pero si podrá en las observaciones al Plan de Liquidación designar a la sociedad inmobiliaria vinculada como tercero que ostente la condición de acreedor privilegiado.

Si participa en la subasta judicial electrónica con el privilegio de exención del pago del depósito, no podrá realizar puja alguna, mientras no se haya realizado puja o postura por un tercer postor.

b) Si no solicita el alta como acreedor privilegiado en el Portal de Subastas, renunciando al beneficio de exención del pago del depósito para participar en la subasta, le permitirá realizar la puja en el día y hora que estime conveniente, con independencia de la actuación de otros postores.

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

Conclusiones, adoptadas por unanimidad en reunión de 10 de febrero de 2016, de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la subasta judicial electrónica.

7) EN CUANTO A LA PETICIÓN CONCRETA DE SUBASTA JUDICIAL: La petición del AC deberá ser presentada en formato escrito (acompañando copia en formato word) conforme al MODELO UNIFORME que consta adjunto como Anexo I a las conclusiones que son objeto del presente análisis. Deberá adjuntarse, en formato pdf, las certificaciones o notas registrales de los bienes inmuebles así como las fotografías o cualquier información relevante.

Las normas que los AC deben incluir en el Plan de Liquidación sobre el desarrollo de la subasta, son las siguientes:

(i) Los postores deberán consignar el 5% del valor de los bienes según el Inventario para poder tomar parte en la subasta, excepto los acreedores con privilegio especial sobre el bien.

(ii) Los acreedores con privilegio especial o las entidades inmobiliarias vinculadas designadas respecto de las fincas a subastar, están exentos de consignar el anterior depósito para participar en la subasta.

(iii) No será aplicable a estas subastas la norma prevista en el Artículo 671 de la LEC ya que no hay propiamente ejecutante.

(iv) No se permitirá a los acreedores hipotecarios la cesión de remate a un tercero.

(v) Se admitirán todo tipo de posturas y se aprobará el remate a favor de la mejor postura, sin límite alguno cualquiera que fuera su importe.

8) SUBASTA DESIERTA: Se inadmitirá la petición de adjudicación posterior por parte del acreedor privilegiado puesto que debió concurrir a la subasta para obtener ésta. En el caso que no hubiera postores, se declarará desierta la subasta y se instará a la AC para que proceda a la venta directa del bien. Si no hubiera ofertas, se podrá entregar el bien a una organización sin ánimo de lucro o, en último término, se procederá a su destrucción o achatarramiento.

9) TASA: La tasa por subasta asciende al importe de 64,66 Euros (modelo 791), tendrá la consideración de gasto contra la masa y, en todo caso, imprescindible para la liquidación, sin perjuicio de que voluntariamente pueda ser asumido por el acreedor privilegiado especial o cualquier otra parte personada.

Por lo que se refiere a la operativa de la subasta electrónica introducida por la "Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil", informar que desde el pasado 15 de octubre de 2015 se ha puesto en marcha el Portal de Subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, al cual se puede acceder a través de la siguiente dirección electrónica: https://subastas.boe.es.

Dicho portal permite a los licitadores participar de forma online en subastas judiciales y notariales, ya sean de bienes muebles o inmuebles, que se celebren en la totalidad del territorio español. En caso de querer consultar simplemente la información de los inmuebles que salen a subasta, se puede acceder a la aplicación sin necesidad de registrarse previamente. Sin embargo, sí que quiere participar como postor es necesario darse de alta en el portal utilizando un certificado electrónico y, con carácter previo a presentar la puja telemática, consignar el 5% del valor del bien tasado.

La convocatoria de la subasta se anunciará y publicará en el Boletín Oficial del Estado, los interesados dispondrán de 20 días naturales para poder participar en la subasta. En la fecha de cierre de la subasta, el Portal de Subastas remitirá al Letrado de la Administración de Justicia información certificada de la postura vencedora, debiendo el ofertante consignar en el plazo de 10 días para los bienes muebles y de 40 días para los inmuebles, la diferencia entre lo depositado y el precio ofrecido a través del ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado. En el caso de que no se completara dicho precio, el Portal de Subastas remitirá información certificada sobre el importe de la siguiente puja por orden de decreciente, siempre que el postor hubiera optado por la reserva de postura. Una vez completado el pago íntegro, el Letrado de la Administración de

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

Conclusiones, adoptadas por unanimidad en reunión de 10 de febrero de 2016, de los Magistrados y Letrados Judiciales de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, respecto a la adaptación del Plan de Liquidación a la subasta judicial electrónica.

Justicia dictará Decreto de adjudicación, siendo el título de propiedad del bien. Por otro lado, tras haber concluido la subasta sin haber resultado adjudicatario del bien, la Agencia Tributaria devolverá las cantidades consignadas al resto de ofertantes.

Con el expuesto procedimiento de subasta electrónica, se pretende multiplicar la publicidad de los procedimientos, facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien y, lo más importante, pujar en cualquier momento y desde cualquier lugar sin tener que acudir presencialmente a los Juzgados, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados.

Por último, y en relación a la entrada en vigor de la mencionada ley, la "Disposición transitoria primera" prevé que las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, cuya publicación se hubiera acordado, continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda. Por tanto, en el ámbito concursal será de aplicación la subasta electrónica, a los procedimientos concursales declarados a partir del 15 de octubre de 2015 así como en los procedimientos en tramitación en los que no se hubiera anunciado y publicitado todavía en dicha fecha el anuncio de subasta.

ÓSCAR OTERO FERNÁNDEZ

Breves apuntes sobre el tercer pronunciamiento del tribunal supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 221/2016, de 16 de marzo.

BREVES APUNTES SOBRE EL TERCER PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 221/2016, DE 16 DE MARZO

El pasado mes de marzo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la segunda Sentencia prácticamente consecutiva sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la nº 154/2016, de 29 de febrero, resolución que, siendo la tercera vez que el Alto Tribunal trata esta novedosa materia, realiza una serie de precisiones y matizaciones, asentando un criterio jurisprudencial que ir siguiendo en futuros pronunciamientos.

La mencionada resolución, de la que es ponente el Excmo. Manuel Marchena Gómez, revoca una sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres que había condenado, por estafa, a una persona jurídica.

Sin ánimo de exhaustividad, tres son los puntos principales de la Sentencia en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

I.- Es requisito imprescindible acreditar un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad por parte de la empresa; y dicha acreditación corresponde a la acusación.

Contrariamente a la pauta dada por la Circular 1/2016, el Tribunal Supremo entiende que dado que el incumplimien to grave de los deberes de supervisión y control constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporati vo, es la acusación quien debe acreditar el grave incumplimiento.

Para sustentar dicha posición, el Alto Tribunal recurre al Dictamen del Consejo de Estado sobre la reforma penal de 2015, en la que dicho Órgano entendía que la acreditación de la inexistencia del programa de compliance o su inapli cación debería recaer sobre las partes acusadoras.

II.- La imposición de penas a las personas jurídicas sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

Dado que todas las penas que pueden imponerse a una persona jurídica (33.7 CP) tienen el carácter de graves y pueden comprometer la "supervivencia" de dicho ente, el Tribunal Supremo considera que debe exigirse del Ministerio Fiscal (y por extensión, a las demás acusaciones) el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena, cuando ésta tenga como destinataria a una persona física.

III.- La responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un proceso penal con todas las garantías.

Considera el Tribunal Supremo que las garantías que deben observarse en el proceso penal respecto de las personas físicas son las mismas cuando el sujeto pasivo del proceso es una persona jurídica, independientemente del criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o de la consideración dogmática que deben merecer las causas de exclusión de dicha responsabilidad.

Se plantea en el supuesto de hecho analizado, el conflicto de intereses que puede surgir cuando se presenta en la misma persona el investigado como persona física y como persona especialmente designada para representar a la persona jurídica. En la Sentencia que finalmente se casa, se considera que existía una indefensión formal de la persona jurídica, ya que pese a haber estado presente en el juicio oral mediante la persona de su administrador (quien también se encontraba acusado en la misma causa, por lo que no podría hablarse de indefensión en sentido material), no fue imputada formalmente en la fase de instrucción conforme al estatuto procesal de la persona jurídica, por lo que no declaró como imputada en fase de instrucción, conforme procedía conforme a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, y no pudo defenderse correctamente ni proponer diligencias de instrucción en su descargo.

ÓSCAR OTERO FERNÁNDEZ

Breves apuntes sobre el tercer pronunciamiento del tribunal supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 221/2016, de 16 de marzo.

Por todo ello, y tras un primer pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sentencia nº 514/2015, de 2 de septiembre), y una segunda resolución que contó con el voto particular de 7 magistrados, nuestro Alto Tribunal va afinando su interpretación de las reformas penales de 2010 y 2015 respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y solventando los problemas interpretativos que tanto las reformas de la Ley sustantiva como de la adjetiva han ido causando a los distintos operadores jurídicos.

MARÍA MORENO VERA
Las referencias a la mediación penal en las reformas llevadas a cabo en la segunda mitad del 2015.

LAS REFERENCIAS A LA MEDIACIÓN PENAL EN LAS REFORMAS LLEVADAS A CABO EN LA SEGUNDA MITAD DEL 2015

Son muchas las definiciones que se pueden dar de la mediación penal pero siguiendo la dada por el Consejo General del Poder Judicial se puede definir de la siguiente manera:

"En la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, conducido y dirigido por un mediador imparcial, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito. Se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida."

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado en el que la mediación se encuentra regulada por la Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y a nivel estatal por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Derecho penal no existe ninguna norma que la regule y, de hecho, hasta hace bien poco no teníamos una norma que recogiera de forma expresa esta institución. Y ello pese a que la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre exija la instauración de la mediación penal.

En el presente artículo nos vamos a referir a las menciones a la mediación penal introducidas recientemente en las diferentes reformas legales que han entrado en vigor en la segunda mitad del año 2015.

En primer lugar, comenzando por el Código Penal, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 ha introducido en el artículo 84.1 una mención expresa a la mediación. En dicho artículo se dispone que el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

Pero, donde de verdad ha tenido un reflejo claro y directo la figura de la mediación ha sido en el Estatuto de la víctima que entró en vigor el pasado 28 de octubre de 2015.

En el artículo 15. 1 apartado d) de esta Ley se hace referencia expresa a la mediación cuando se establece que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa cuando el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima y no exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima.

En los apartados 2 y 3 del artículo 15 se destacan cuáles serían las condiciones en las que se ha de desarrollar este procedimiento, señalándose que los debates desarrollados dentro del procedimiento serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Que los mediadores y profesionales que participen están sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. Y que la víctima y el infractor pueden revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Se recogen por tanto en la regulación de la mediación que hace el Estatuto de la víctima los principios que rigen la misma, véanse, voluntariedad, confidencialidad, gratuidad, oficialidad, bilateralidad y flexibilidad.

Por último, destacar que el Estatuto de la Víctima ha sido desarrollado por el Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre en el que se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, recogiéndose entre sus funciones (Art. 37) informar a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficios para la víctima y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

No obstante pese a las menciones introducidas fundamentalmente en el Estatuto de la Víctima continuamos sin una legislción- que desarrolle esta figura, después de que no saliese adelante el anteproyecto del Código Procesal Penal (que iba a sustituir la Ley de Enjuiciamiento Criminal) el cual si contenía una regulación extensa de la mediación penal en el Título VI del Libro II (artículos 143 a 146). Habrá que esperar, por tanto, a que una nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoja esta figura que podría agilizar la justicia suponiendo además una aminoración de los costes del procedimiento.

ANNA GRAU MATE

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 39/2016, de 3 de marzo, sobre la instalación de cámaras de videovigilancia en el trabajo sin consentimiento expreso del empleado

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 39/2016, DE 3 DE MARZO, SOBRE LA INSTALACIÓN DE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO SIN CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL EMPLEADO

El pasado día 3 de marzo de 2016, el pleno del Tribunal Constitucional, dictó sentencia por la que avaló la instalación de cámaras de videovigilancia en el trabajo, sin consentimiento expreso del empleado, si tienen por finalidad controlar el cumplimiento del contrato.

La Sentencia analiza el caso en el que la Empresa, ante la sospecha que una trabajadora estaba detrayendo dinero efectivo de la caja, decidió instalar una cámara de videovigilancia que controlara la caja donde prestaba servicios la trabajadora, sin que los trabajadores fueran avisados expresamente de la instalación de dichas cámaras. No obstante, sí se colocó un distintivo informativo en el escaparate del establecimiento.

Tras comprobar en el contenido de lo grabado por las cámaras de videovigilancia que efectivamente la trabajadora había estado sustrayendo dinero efectivo de la caja, en el mes de junio de 2012, la Empresa despidió disciplinariamente a la trabajadora por "transgresión de la buena fe contractual".

La trabajadora presentó demanda por despido nulo y subsidiariamente improcedente ante el Juzgado de lo Social de León, por atentar dicho despido contra su honor, su intimidad y su dignidad debido a que no se comunicó la existencia de cámaras de videograbación. El Juzgado de lo Social 2 de León, declaró la procedencia del despido, y la actora presentó recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que desestimó el recurso , confirmando la sentencia de instancia el 24 de julio de 2013.

Finalmente, la trabajadora recurre la decisión judicial en amparo, alegando la vulneración de los artículos 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 de la Constitución Española. El TC fija el objeto del debate en aclarar el alcance de la información que se debe facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica (tal como se había pronunciado la STC 29/2013, de 11 de febrero).

En primer lugar, debemos tomar en consideración que la imagen es considerada como un dato de carácter personal, resultando de aplicación lo previsto en el artículo 18.4 CE.

La Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) se ocupa de regular el tratamiento de los datos de carácter personal, y a este respecto, su artículo 6.1 establece que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. Precisamente el apartado 2 de este mismo artículo, determina que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (…); se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; (…), siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado". Esta excepción aparece también recogida en el art.

10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

De acuerdo con lo previsto en este artículo 6.2 LOPD, pare determinar si efectivamente se ha vulnerado el artículo 18.4 CE, será necesario determinar si era necesario el consentimiento expreso de la trabajadora o no lo era.

A este respecto, establece el TC que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador deja de ser la regla general para pasar a un segundo plano, ya que de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 6 LOPD, se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato firmado por las partes. De acuerdo con ello, cuando el tratamiento de datos se dirija al control de la relación laboral, quedará exceptuado el consentimiento del trabajador. Sin embargo, será necesario que el trabajador preste su consentimiento para aquellos casos en los que los datos se utilicen para una finalidad ajena al mantenimiento y cumplimiento del contrato.

A continuación, señala la Sentencia que en todo caso, continuará existiendo el deber de información por parte de la Empresa, ya que es el cumplimiento de este deber el que permite al afectado ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante.

ANNA GRAU MATE

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 39/2016, de 3 de marzo, sobre la instalación de cámaras de videovigilancia en el trabajo sin consentimiento expreso del empleado

En el caso concreto de la Sentencia determina que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que establece que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana, por tanto, en este caso, el consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica el reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En todo caso, indica la Sentencia, debe ponderarse el derecho a la protección de datos del trabajador y las limitaciones al mismo justificadas en el poder de dirección del empresario reconocidas en el art. 20.3 ET en conexión con los artículos 33 y 38 CE.

Finalmente, entra la sentencia a analizar si se cumplió con la obligación de información previa contenida en el artículo 5 LOPD. Señala a este respecto el Tribunal Constitucional, que el artículo 3 de la instrucción 1/2006, de 8 de noviembre de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, exige colocar, en zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible y tener a disposición de los interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 LOPD.

En cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la trabajadora, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas, por lo que concluye el Tribunal que se ha cumplido lo previsto en la Instrucción 1/2006.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia concluye que habiéndose cumplido con la obligación de información previa conforme al artículo 3 de la Instrucción 1/2006 y 5 LOPD, y pudiendo determinar que la información se obtuvo con la finalidad de control laboral porque fue utilizada para captar la apropiación de efectivo de la caja de la tienda, no ha existido vulneración de los derechos fundamentales alegados y por tanto, desestima el recurso de amparo.

ORIOL ESPAR BOHERA y JESÚS CASTELL DEVÍS

La resolución de las impugnaciones y recursos a la reforma del sector eléctrico y, en especial, en el ámbito de las energías renovables.

LA RESOLUCIÓN DE LAS IMPUGNACIONES Y RECURSOS A LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO Y, EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES.

Este artículo pretende ofrecer unas breves pinceladas sobre la reforma del sector eléctrico español que tuvo lugar a partir de 2013 y la resolución de gran parte de los recursos que se interpusieron contra las distintas disposiciones de la misma, haciendo hincapié en los interpuestos contra las disposiciones aprobadas en los últimos años en el ámbito de las energías renovables.

Lamentablemente, no es posible abordar de forma tan breve la problemática suscitada, por lo que, si se desea profundizar, recomendamos la lectura de doctrina al respecto así como los textos legales y sentencias que se citan.

La reforma del sector eléctrico de 2013.

La actividad eléctrica y, en particular actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos reviste una importancia fundamental en la consecución de los objetivos de mejora del medio ambiente, seguridad del abastecimiento energético y desarrollo tecnológico e innovación.

Durante los últimos años se ha producido un desarrollo muy importante de las tecnologías de producción de energía eléctrica a partir de estas fuentes, que integraban el anteriormente denominado régimen especial (Real Decreto 661/2007). Este crecimiento fue posible, en parte, gracias a la existencia de sucesivos marcos normativos de apoyo que establecían incentivos económicos a la producción de energía eléctrica con estas tecnologías.

El marco de apoyo propició la rápida superación de las previsiones iniciales, lo que unido a la progresiva reducción de los costes tecnológicos hizo necesario una modificación del marco normativo del sector eléctrico que se inició mediante con la aprobación del Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico ya anunciaba en su exposición de motivos el “carácter insostenible del déficit del sector eléctrico y de la necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner término a dicha situación”. A esta norma le siguió la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que establecía un nuevo régimen normativo y derogaba la casi totalidad de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre.

En desarrollo del citado marco legal, se dictaron entre otros de especial importancia, como el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables con el objetivo de garantizar tanto del principio de rentabilidad razonable como de la propia sostenibilidad financiera del sistema.

Uno de los factores que motivaron esta reforma fue el déficit de tarifa, esto es, la brecha entre los ingresos por la venta de electricidad y los costes del sistema, que estaba creciendo hasta llegar a niveles insostenibles.

Para paliar esta situación, entre otras medidas, se eliminó el sistema de primas a las energías renovables contenidas en el archiconocido Real Decreto 661/2007 mencionado anteriormente, sustituyendo dicho sistema de primaspor otro referido a la “rentabilidad razonable” de las inversiones con notas de retroactividad (lo que conlleva una reducción de costes) produciéndose una subida de tarifas a los consumidores (aumento de los ingresos en el sistema).

Entre otras medidas, se procedió a un cambio de los parámetros retributivos vigentes hasta el momento, dividiéndolos entre retribución por la venta de energía valorada a precios de mercado, una retribución específica compuesta por los siguientes términos:

- Un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no puedan ser repercutidos por la venta de energía en el mercado, al que se denomina retribución a la inversión.

ORIOL ESPAR BOHERA y JESÚS CASTELL DEVÍS
La resolución de las impugnaciones y recursos a la reforma del sector eléctrico y, en especial, en el ámbito de las energías renovables.

- Un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos explotación de la instalación tipo que corresponda, al que se denomina retribución a la operación.

La retribución a la inversión y, en su caso, la retribución a la operación permitirán cubrir los mayores costes de la instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, de forma que puedan competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y puedan obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo aplicable en cada caso.

Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se establecen los parámetros retributivos, entre ellos la retribución a la inversión y a la operación, para cada una de las instalaciones tipo que se determinan en función de su tecnología, sistema eléctrico, potencia, antigüedad, etc.

El otorgamiento del régimen retributivo específico se establecerá con carácter general mediante un procedimiento de concurrencia competitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Las instalaciones que a la entrada en vigor del Real Decreto ley 9/2013, de 12 de julio, tuvieran reconocido el régimen económico primado tendrán derecho a la percepción del régimen retributivo específico.

Una consecuencia inmediata fue la reducción de los ingresos generados por muchos proyectos de energía renovable. Estos proyectos, generalmente financiados mediante una sociedad vehículo y con apalancamiento financiero considerable (deuda bancaria o préstamos de socios y espónsores), vieron mermados sus ingresos de forma considerable, con lo que se dificultaba enormemente el repago de la deuda, así como el cumplimiento de muchas cláusulas financieras de los contratos de financiación de estos proyectos.

Se calcula que, en el momento de la reforma, había en España más de 50.000 instalaciones de energía renovable con una deuda bancaria en torno a los 50.000 millones de euros (correspondiendo la mitad a las fotovoltaicas, seguidas por las eólicas y, con menor incidencia, las termosolares), muchas de las cuales tuvieron que someterse a complejos procesos de refinanciación, compra o concentración a fin de garantizar su viabilidad económica, debido a que las hipótesis sobre las que se concedió el crédito a las sociedades que explotaban aquellas instalaciones ya no eran válidas.

Era de esperar, como sucedió, que se derivara una maraña de recursos contra las citadas disposiciones, de los cuales los tres bloques principales (hay muchos más) son:

- Recursos de inconstitucionalidad, interpuestos por un grupo de Diputados del Congreso y por los Gobiernos y cámaras autonómicas.
- Recursos administrativos y contencioso-administrativos contra las disposiciones de desarrollo.
- Arbitrajes de Inversión ante instancias internacionales, interpuestos por inversores extranjeros.

Las sentencias del Tribunal Constitucional: punto y aparte.

La resolución de los recursos sobre la reforma del sector eléctrico se inició a finales de 2015 con la Sentencia del Pleno 270/2015, de 17 de diciembre, que desestimaba el recurso interpuesto por el Gobierno de Murcia contra diversos preceptos del Real Decreto Ley 9/2013.

Los argumentos del recurso eran, en síntesis, una infracción de los principios de jerarquía normativa, del de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, una falta de acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para la tramitación como Real Decreto Ley y la inconstitucionalidad de los preceptos legales que regulaban el marco anterior. En líneas generales, el Tribunal los rechaza uno a uno.

- En cuanto al presupuesto habilitante para la tramitación urgente, el Tribunal entiende que aplica a todas las normas dictadas en el marco de la Reforma del Sector Eléctrico.
- Por lo que respecta a la jerarquía normativa, el Tribunal considera que no se argumenta dicho motivo de forma suficiente y prácticamente no entra a valorarlo.
- Sobre la presunta vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, el Tribunal considera que era "necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema"
- Por último y en cuanto a la irretroactividad, admitiendo su concurrencia, aclara que el 9.3 de la Constitución Española se refiere a "leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales" por lo que, no estando la norma impugnada incursa en esta circunstancia, no procede acoger el argumento.

Se emitió un voto particular que lamenta que "hubiera sido necesario un esfuerzo argumental muy superior al desarrollado en la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia" pero comparte el tenor del fallo.

Posteriormente se han dictado tres sentencias en un mismo día. La primera, la Sentencia 29/2016, de 18 de febrero, desestimó el Recurso del Gobierno de Navarra. La línea argumental de la misma es muy similar a la primera sentencia, ofreciendo argumentos como que "la modificación operada trae causa de la necesidad de satisfacer intereses públicos generales, concretados en la necesidad de reducción de un déficit público que había devenido en estructural" lo excluía, a juicio del Tribunal, todo atisbo de infracción del principio de proporcionalidad.

La segunda resolución es la Sentencia 30/2016, de 18 de febrero, que rechazaba el Recurso del Grupo Parlamentario Socialista, destacamos que descarta la infracción del principio de confianza legítima que en un contexto de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico y, por tanto, no puede traducirse en "el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad".

Como hemos dicho, el mismo día se dictó una tercera sentencia: la 32/2016, de 18 de febrero, que desestimaba el recurso de la Generalitat de Catalunya (con dos votos particulares, uno de ellos suscrito por tres magistrados) que versaba más bien sobre temas competenciales tales como la competencia para crear un registro de autoconsumo y su obligatoriedad, el permiso de conexión a un punto de la red, la fijación de derechos y obligaciones de las distribuidoras o el procedimiento sobre resolución de controversias entre los usuarios finales y suministradoras y otros de menor calado.

Finalmente, el pasado 20 de mayo se publicó la Sentencia 72/2016, de 14 de abril de 2016, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad de la Junta de Andalucía con argumentos muy similares a las anteriores (tanto en el fondo del asunto como en lo referente a las competencias de la Comunidad Autónoma).

Las Sentencias del Tribunal Supremo: ¿punto y final?

Finalizado el goteo de Sentencias del Tribunal Constitucional, llegó el turno del Supremo. El pasado 31 de mayo de 2016 la Sala Tercera dictó tres sentencias que desestiman recursos promovidos contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, de las que también se cuestionaba su legalidad en tanto que disposiciones reglamentarias, su adecuación a los preceptos legales que desarrollaban y su conformidad con el acervo comunitario.

El Tribunal Supremo consideró que las citadas disposiciones no configuran ningún régimen ex novo sino que se limitan a desarrollar el régimen jurídico establecido en el Real Decreto Ley 9/2013 y en la Ley 14/2013, cuyos elementos básicos ya estaba definidos, que la tramitación de urgencia de las normas impugnadas no supuso ninguna merma de derechos, dado que se tuvieron en cuenta las alegaciones que efectuaron los interesados en el trámite de audiencia pública que se confirió y que, además, la vía

escogida era coherente con la urgencia con la que se tramitó toda la reforma, en especial sus leyes básicas.

En cuanto a la pretendida infracción del principio de irretroactividad, el Supremo se apoyó en los argumentos previos del Tribunal Constitucional, que ya había descartado dicha vulneración, destacando, en síntesis, que el nuevo régimen retributivo "no reviste incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado", por lo que no concurría la retroactividad que alegaban los recurrentes.

Es de destacar que a la Sentencia se incorporaron dos votos particulares de tres magistrados, con una crítica vehemente de las normas impugnadas y su adecuación al ordenamiento, justificándolo con base en conceptos interesantes como el "presentismo", esto es, la falacia argumentativa que consiste en asumir que quien fue el decisor en un asunto pasado veía los eventos desde la misma perspectiva y con la misma información que aquellos que la han podido analizar de forma subsiguiente.

Otros procedimientos pendientes.

La polémica sobre el régimen del sector eléctrico no termina aquí. El Reino de España tiene actualmente 24 procedimientos pendientes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, institución del Banco Mundial), interpuestos por inversores extranjeros y en relación a la reforma del sector eléctrico. Es de destacar que la cifra representa más de un 10% del total de 209 procedimientos pendientes ante dicho organismo, lo que convierte al Estado Español en protagonista.

La mayoría de estos procedimientos se interponen invocando el Tratado sobre la Carta de la Energía como el Protocolo de la Carta de la Energía (Decisión 98/181/CE, CECA Y Euratom) y presunta violación de la seguridad jurídica de las inversiones, al haber invertido los demandantes sobre la base de unas expectativas de rentabilidad que no podían producirse conforme al nuevo régimen.

También se hallan pendientes procedimientos ante otros organismos internacionales (la Cámara de Estocolmo o la UNCITRAL). Aunque de menor importancia que los del CIADI, uno de estos procedimientos, ante el Tribunal de Estocolmo, se ha resuelto en fecha 21 de enero de 2016 a favor del Reino de España considerando, en resumen, que nada obliga a mantener un mismo marco regulatorio durante toda la vida de una inversión (en este caso, las plantas), que las primas de las fotovoltaicas eran las más altas con respecto al resto de tecnologías y, lo que es más importante, que no había ningún derecho adquirido ni tampoco se produjo aplicación retroactiva de normas sino medidas regulatorias con efecto inmediato, lo que no está prohibido por el Derecho Internacional.

Por el momento, nada indica que estos organismos vayan a fallar en un sentido u otro, por lo que tendremos que esperar a nuevas resoluciones para valorarlas, en lo que seguro será una apasionada continuación del debate.

EDUARD ROYES PERDRIX

Comentarios a las conclusiones de la abogada general en la cuestión prejudicial relativa a la adecuación al Derecho de la Unión Europea del mecanismo extraordinario de pago a proveedores.

COMENTARIOS A LAS CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL EN LA CUESTIÓN PREJUDICIAL RELATIVA A LA ADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL MECANISMO EXTRAORDINARIO DE PAGO A PROVEEDORES.

El pasado 12 de mayo se publicaron las conclusiones de la Abogada General en relación con la cuestión prejudicial que ocupa el Asunto C-555/14 y que fue planteada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo de Murcia para cuestionar si el Mecanismo Extraordinario de Pago a Proveedores (en adelante, MEPP) puede contrariar las disposiciones de la Directiva 2011/7/CE del parlamento europeo y del consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la Directiva 2011/7).

Esencialmente, lo que se requería de interpretación es si la renuncia al cobro de los intereses y derechos de cobro a cambio de obtener el pago inmediato de la deuda principal debe reputarse contrario a los artículos 7.2 y 7.3 de la Directiva 2011/7 que, respectivamente, consideran abusiva cualquier cláusula contractual o práctica que excluya el interés de demora y derechos de cobro.

Pues bien, ante esta situación y, con la estabilidad financiera y presupuestaria del Reino de España en el punto de mira de Europa, la Abogada General formuló unas conclusiones que avalan las prácticas seguidas por las Administraciones Públicas españolas para pagar a sus proveedores y, por ende dan un respiro a las arcas del estado.

Ante todo, debe subrayarse que dichas conclusiones en ningún caso representan el parecer final del Tribunal de Justicia, quien tiene plena libertad para pronunciarse en la manera que entienda mejor ajustada a Derecho.

Concretamente, la Abogada General apeló a la supuesta voluntariedad del mecanismo para concluir que un mecanismo nacional que permite a un proveedor adherirse a un mecanismo de pago acelerado que posibilita el cobro del principal de la deuda, a cambio de renunciar a los intereses y costes de cobro, no resulta contrario al Derecho Europeo.

En su opinión, este sistema de opción forma parte del conjunto de decisiones que deben tomarse en la vida normal empresarial: si optas por adherirte al mecanismo, obtienes una recompensa menor pero el riesgo también es menor. Si por el contrario decides esperar a cobrar los intereses, obtienes una recompensa mayor a cambio de un riesgo mayor.

Algo que a priori puede resultar tan simple no es para nada baladí, ya que afirmar que el acuerdo era vol untario supone obviar factores como las dimensiones de cada empresa, la capacidad de someterse a un apalancamiento tanto tiempo y muchas otras variables que influyen las decisiones del día a día en la vida empresarial. Por ello, la voluntariedad del mecanismo es, cuanto menos, discutible, máxime si tenemos en cuenta la coyuntura económica que atraviesa el país y la incertidumbre que viven las pequeñas y medianas que han entendido mejor optar por el "mal menor" como válvula de escape.

En este sentido, la Abogada General realiza una interpretación teleológica de la Directiva y manifiesta que no considera que ésta fuera aprobada para prevenir una situación de este tipo. No obstante, precisamente en el Considerando 28, reafirma como objetivo la prohibición del abuso de libertad en perjuicio del acreedor.

Además, e insistiendo en la voluntariedad del mecanismo, puntualiza que la adhesión al MEPP es un "acuerdo de voluntades" y, por ello, no debe entenderse como cláusula contractual ni tampoco práctica abusiva.

Así las cosas, no podemos dejar de mencionar que algunos Juzgados entendieron contrario las Directivas europeas la renuncia del derecho al cobro de intereses de demora de facturas abonadas por el MEPP. Argumentaban su fallo en la supremacía del Derecho de la Unión Europea y el consecuente desplazamiento de la norma nacional en favor de la europea.

Con todo, no podemos más que esperar a la interpretación del Tribunal de Justicia que, esperemos se desmarque del parecer de la Abogada General y opte por alzarse en defensa del verdadero propósito de la Directiva: asegurar la liquidez y seguridad en el pago de las cantidades que, por Derecho, le corresponden a cualquier operador económico que contrate con la administración.

MOISES OLLER ANGUSTO

Resolución de 2 de marzo de 2016, del tribunal economico administrativo central, resuelve un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto sobre el criterio de imputación o precio del servicio que debe existir entre los socios y sus sociedades profesionales.

RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2016, DEL TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL, RESUELVE UN RECURSO DE ALZADA PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIO INTERPUESTO SOBRE EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN O PRECIO DEL SERVICIO QUE DEBE EXISTIR ENTRE LOS SOCIOS Y SUS SOCIEDADES PROFESIONALES.

La nueva resolución del TEAC de 2 de marzo de 2016, en la que se resuelve un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el director del departamento de inspección financiera y tributaria de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, reabre el debate sobre el criterio de imputación o precio del servicio que debe existir entre los socios y sus sociedades profesionales.

Si bien hasta dicha resolución no ha existido un criterio uniforme por cuanto los pronunciamientos han sido desiguales dependiendo de los distintos órganos administrativos y jurisdiccionales (contencioso-administrativo y penal) el TEAC sienta doctrina en relación con aquellos casos en los que el servicio que presta el socio a la sociedad vinculada y el que presta la sociedad vinculada a terceros independientes es sustancialmente el mismo, sin que la intervención de la sociedad, a juicio de ese Tribunal, aporte valor añadido y además dicha sociedad no disponga de medios.

Concretamente, se considera en estos casos que el precio de mercado del servicio entre el socio y la sociedad profesional debe ser el mismo que el que la sociedad cobra a terceros independientes, con la salvedad de algunos gastos que dicho Tribunal considera deducibles en dicha sociedad. Por tanto, el TEAC considera que la sociedad no debe quedarse margen alguno.

Con esta resolución parece que el TEAC sin llegar a calificar la estructura como simulación, tal y como la Administración en algunas ocasiones así lo había entendido, adopta una solución a medio camino de lo que resulta del régimen de las operaciones vinculadas del artículo 18.6 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y de la figura de la simulación. Es decir, el TEAC lleva a una regularización de la cuota tributaria prácticamente idéntica de la que resultaría de la aplicación de la figura de la simulación pero sin que en materia sancionadora sean de aplicación las gravosas consecuencias que lleva implícito el citado instituto en materia penal y/o administrativa.

No obstante, ese Tribunal deja abiertos determinados conceptos que son clave para determinar el criterio de imputación o precio del servicio existente entre el socio y la sociedad profesional como son los gastos que puede deducirse dicha sociedad y, no menos importante, qué debe entenderse por medios para el desarrollo de la actividad. Respecto esto último, y si bien existe alguna consulta aislada de la Dirección General de Tributos que aboga por un concepto muy restrictivo, si la sociedad tiene un empleado contratado y dispone, por ejemplo, de un ordenador, de bases de datos o de suscripciones a revistas jurídicas en el caso de una sociedad profesional de servicios jurídicos ¿se puede afirmar que no dispone de medios?

En cualquier caso, y como siempre ocurre en la práctica jurídico-fiscal, deberá realizarse un análisis de cada caso concreto a los efectos de determinar los gastos que pueden ser deducibles en sede de la sociedad profesional y sobre todo el criterio de imputación o precio del servicio existente entre el socio y dicha sociedad.

NÚRIA CUCURULL SERRA

La resolución del tribunal económico-administrativo central de 7 de mayo de 2015 cuestiona la deducibilidad de los intereses de demora.

LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 7 DE MAYO DE 2015 CUESTIONA LA DEDUCIBILIDAD DE LOS INTERESES DE DEMORA.

PUNTO DE INFLEXIÓN:

Hasta la Resolución de 7 de mayo de 2015 del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), **los intereses de demora eran un gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades** (IS). Con esta resolución, **el TEAC dictaminó que los intereses de demora** derivados de una regularización tributaria por Actas de Inspección **tenían la consideración de gasto no deducible,** basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo1, que establecía que los intereses de demora no eran deducibles según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, el cual disponía que sólo serían deducibles los gastos necesarios para la obtención de ingresos. Por ello, **en el marco de la Ley de 1978 se consideraba que los intereses de demora eran no deducibles al ser gastos no necesarios para obtener los rendimientos íntegros.**

CUESTIÓN CONTROVERTIDA:

La Resolución del TEAC resuelve, entre otras cuestiones, sobre la deducibilidad en el IS de los intereses de demora registrados en el período impositivo 2005. Sin embargo, la Resolución del TEAC se fundamenta en normativa no vigente en el periodo impositivo revisado. Así, **el TEAC aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basada en la Ley del IS del 1978, a situaciones acaecidas bajo la vigencia del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades**[2] (en adelante, TRLIS). Ciertamente, la argumentación del Alto Tribunal que vinculaba la deducibilidad fiscal a la necesidad del gasto tenía sentido con la regulación de 1978, pero este requisito desapareció con la aprobación de la Ley 43/1995, que abandonó el concepto de gasto necesario, sustituyéndolo por la regla general de que cualquier gasto contable es deducible, salvo los previstos por la norma. A su vez, el TRLIS es continuador de esta estructura en la que los gastos se presumen deducibles, salvo que sean encuadrables en la lista numerus clausus de conceptos no deducibles del artículo 14 del citado texto. Es remarcable que dicho artículo no contiene mención alguna a los intereses de demora.

Asimismo, destaca la Doctrina Administrativa de la Dirección General de Tributos[1] (en adelante, DGT) que en diversas consultas vinculantes considera los intereses de demora como gasto deducible.

ACLARACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS:

Mediante Resolución de 4 de abril de 2016[3], ha manifestado que:

- La Ley 27/2014 es un nuevo texto normativo tanto desde un punto de vista formal como material.
- No existe contradicción alguna entre el criterio emitido por la DGT en las consultas V4080-15 y V0603-16 y la doctrina emitida por el TEAC mediante Resolución de 7 de mayo de 2015, puesto que las mismas interpretan cuerpos normativos diferentes.
- La Resolución de 4 de abril de 2016 se emite única y exclusivamente a la luz de la Ley 27/2014, reiterando el criterio establecido en las consultas V4080-15 y V0603-16, sin manifestarse respecto de los periodos impositivos de vigencia del TRLIS.

---

1. Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

2. Consultas Vinculantes DGT V0983-14; V0347-15; V0989-15; V4080-15; V0603-16, éstas dos últimas en el marco de la Ley 27/2014, vigente desde 1 de enero de 2015.

3. Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de Tributos en relación con la deducibilidad de los intereses de demora tributarios, en aplicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE, 6 abril 2016).

NÚRIA CUCURULL SERRA
La resolución del tribunal económico-administrativo central de 7 de mayo de 2015 cuestiona la deducibilidad de los intereses de demora.

CONCLUSIONES: LA POLÉMICA SIGUE ABIERTA.

La doctrina establecida por el TEAC es de obligado cumplimiento para los órganos de la Administración, de modo que el criterio a seguir en sus liquidaciones será la no deducibilidad de los intereses de demora satisfechos antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2014.

Si bien, el contribuyente dispone de opciones de defensa en sede de los Tribunales, puesto que los razonamientos de la DGT, que abogan por considerar deducibles los intereses de demora satisfechos a partir de 1 de enero de 2015, son perfectamente aplicables a supuestos acaecidos bajo la vigencia del TRLIS, dado que:

- Tanto el TRLIS como la Ley 27/2014 siguen el mismo sistema a la hora de determinar los conceptos no deducibles.
- Los intereses de demora no son encuadrables en ninguno de los conceptos no deducibles que regula el vigente artículo 15 de la Ley 27/2014, tal y como también sucede si se analizan los supuestos previstos en el artículo 14 del TRLIS.

A su vez, se pueden esgrimir argumentos como el sinsentido jurídico que supone conferir un tratamiento asimétrico a los intereses de demora, sujetándolos a tributación cuando los percibe el contribuyente, pero negando su deducibilidad cuando los satisface.

LAURA LAMAS BORRÀS

Consulta vinculante núm. v0445-16, de 4 de febrero de 2016. Escisión parcial. Existencia de rama de actividad en la actividad de arrendamientos de inmuebles

CONSULTA VINCULANTE NÚM. V0445-16, DE 4 DE FEBRERO DE 2016. ESCISIÓN PARCIAL. EXISTENCIA DE RAMA DE ACTIVIDAD EN LA ACTIVIDAD DE ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES.

La consulta versa sobre la posibilidad de llevar a cabo, entre otras operaciones, una escisión parcial por parte de una sociedad que se dedica a la explotación de negocios relacionados con la agricultura y la ganadería y al arrendamiento de inmuebles. En virtud de dicha operación se transmitirían los elementos afectos a uno de los dos negocios a una sociedad de nueva creación, permaneciendo el otro negocio en sede de la consultante.

Cabe resaltar que en cuerpo de la consulta se especifica que en relación con la actividad de arrendamiento de inmuebles la sociedad no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 27.2 de la Ley 35/2006, del LIRPF. Sin embargo, la consultante expone la intención de contratar a una persona a jornada completa y de disponer de un local exclusivamente destinado al desarrollo de la actividad arrendaticia, con anterioridad a la escisión parcial.

Así, la Dirección General de Tributos (DGT) entra a valorar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a dicha operación de escisión parcial de conformidad con el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) y, en concreto, la viabilidad del artículo 83. 1 b) por el cual se exige que tanto el patrimonio escindido constituya una rama de actividad, como que la sociedad escindida mantenga una rama de actividad.

En primer término, la DGT establece que para calificar como rama de actividad es indispensable la existencia de una organización de medios materiales y personales de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.2 de la LIRPF, que se desarrolle de manera habitual y continuada en el tiempo. Entendiéndose producida dicha condición si tales circunstancias venían cumpliéndose desde el ejercicio anterior al que tenga lugar la operación de escisión.

Por otro lado, y cambiando el criterio mantenido en recientes consultas, la DGT equipara el concepto de “rama de actividad” con el de “actividad económica” y requiere de un local y empleado según el artículo 27.2 LIRPF para hallarnos ante una “rama de actividad” (actualmente sólo se req uiere el empleado tanto por dicho artículo, como por el 5.1 de la Ley Impuesto sobre Sociedades).

Recordemos que la DGT al definir el concepto de “rama de actividad” en consultas núm. V1201-14, V309-15 V793-16, y en base a la letra j) del artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones, ha afirmado la necesidad de analizar caso por caso la posible existencia de un conjunto patrimonial susceptible de funcionar por sus propios medios, capaz de constituir una explotación autónoma sin restringir dicho concepto a lo establecido en el artículo 27.2 de la LIRPF.

Per a més informació: www.icab.cat/gaj (apartat Butlleta GAJ)

Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

GAJ BARCELONA

Si voleu contribuir en aquesta publicació, envieu les vostres propostes de contingut o aportacions per correu electrònic a **advocatsjoves@icab.cat**