

mutuo de resoluciones. Si se hubiera querido aplicar el principio hasta sus últimas consecuencias, con efectiva supresión del *exequatur*, habría bastado con una proclamación general de las previsiones contenidas en los artículos 1 y 5 del RTEE, sin necesidad de establecer normas procesales mínimas comunes (en parecidos términos, F. J. Garcimartín y M. J. Prieto Jiménez, “La supresión del *exequatur* en Europa...”, cit., pág. 2) y control alguno sobre su aplicación.

BALDOMERO ANDRÉS CIURANA (*)

ESPAÑA

LA NUEVA LEY CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

El pasado 29 de diciembre de 2004 –y no haciendo honor a su nombre, pues se aprobó con dos años y medio de retraso– fue finalmente transpuesta al ordenamiento jurídico español la Directiva 35/2000, de 29 de junio de 2000, mediante una ley de igual título y contenido casi idéntico: la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (la “Ley de Morosidad”).

El objetivo de la Ley de Morosidad, encuadrado con carácter general en la política de defensa de las pequeñas y medianas empresas, es luchar contra los plazos de pago abusivos que en ocasiones imponen las grandes cadenas de compra a los productores o distribuidores de bienes, estableciendo, para combatir además el incumplimiento de dichos plazos, el devengo automático de intereses de demora. Asimismo, introduce una regulación general de las cláusulas de reserva de dominio en las operaciones que caen bajo su ámbito de aplicación.

Antes de analizar con detenimiento el articulado de la Ley de Morosidad conviene detenerse en dos puntos: su ámbito de aplicación y su entrada en vigor.

Ámbito de aplicación de la Ley de morosidad

Es importante destacar que La Ley de Morosidad se aplica solamente a las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios entre empresas (entendiendo por empre-

as las “*personas físicas o jurídicas que actúan en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional*”) y a los contratos celebrados entre empresas y la Administración al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluyendo dentro de estos últimos los celebrados entre los contratistas y sus proveedores y subcontratistas. En consecuencia, la Ley de Morosidad no se aplica a las operaciones comerciales en que intervengan particulares o consumidores, que quedan sometidas al Código Civil (artículos 1.100, 1.101 y 1.108 principalmente) y, en su caso, a la legislación específica de protección de los consumidores (en particular, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

Asimismo, la Ley de Morosidad deja a salvo las especialidades recogidas en cierta legislación especial en relación con los plazos de pago y el devengo de intereses de demora. En concreto, no se aplican las disposiciones de la Ley de Morosidad, en primer lugar, a las deudas sometidas a un procedimiento concursal incoado contra el deudor en mora, que quedan sujetas a la Ley Concursal (y, en particular, a su artículo 59, que establece con carácter general la suspensión del devengo de intereses); en segundo lugar, a los pagos instrumentados en cheques, pagarés y letras de cambio, a los que se aplica la Ley Cambiaria y del Cheque (ver, en lo que respecta a las letras de cambio y pagarés, los artículos 58 y 59, y, en lo que se refiere a cheques, los artículos 149 y 150); y, finalmente, a los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos que deben realizar las entidades aseguradoras (ver artículos 20 y 28 de la Ley del Contrato de Seguro).

Entrada en vigor de la Ley de morosidad

En lo que respecta ahora a la entrada en vigor de la Ley de Morosidad, ésta se produce escalonadamente. Afecta de manera retroactiva a todos los contratos que se hayan celebrado con posterioridad al 8 de agosto de 2002 (fecha máxima en la que debía haberse transpuesto la Directiva), pero únicamente a los efectos de dichos contratos que se produzcan desde su entrada en vigor: el 31 de diciembre de 2004. Sin embargo, en cuanto a la nulidad de las cláusulas abusivas en relación con los plazos de pago e intereses de demora (ver *infra*), dicha nulidad sólo podrá aplicarse a los contratos celebrados con posterioridad al 31 de diciembre de 2004. Finalmente, como examinaremos en el apartado siguiente, existe un régimen transitorio para la fijación del plazo de pago de los

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Valencia).

productos de gran consumo y de los productos de alimentación que no tengan el carácter de productos frescos ni perecederos.

La fijación del plazo de pago

Es importante destacar que, si bien uno de los objetivos de la nueva Ley es luchar contra los plazos de pago abusivos que en ocasiones se imponen a los comerciantes, la Ley de Morosidad no establece ningún plazo máximo de pago, sino que permite a las partes, con pequeñas salvedades, fijar libremente el que estimen conveniente. Si establece, en cambio, un plazo de aplicación subsidiaria para el caso de que las partes no hayan fijado ninguno. Este plazo será de 30 días (según las últimas estadísticas, el plazo medio de pago en España es actualmente de 68 días) y, por regla general, comenzará a contar desde la fecha en que el deudor reciba la factura, si bien la Ley de Morosidad incorpora algunas reglas particulares para el caso de que la fecha de recepción de la factura se preste a duda o si el deudor recibe la factura antes que los bienes o servicios o, finalmente, si es aplicable algún procedimiento de aceptación o conformidad de los bienes o servicios.

Como anticipamos, existen ciertas excepciones a la regla general de libertad de pacto. La primera de dichas excepciones afecta a los contratos sometidos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que el plazo de pago de la Administración es de 60 días (salvo en el caso de las liquidación finales de los contratos, en los que el plazo es de 30 días, con la excepción de los contratos de obras, en los que el plazo vuelve a ser de 60 días).

La segunda de las excepciones se encuentra en el artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, cuya redacción ha sido modificada por la Ley de Morosidad. Este artículo regula los pagos que los comerciantes deben realizar a sus proveedores por las mercancías que éstos les proporcionan e intenta proteger a los pequeños y medianos comerciantes de los aplazamientos de pago que en ocasiones les imponen las grandes superficies a las que suministran sus productos. En concreto, la Ley de Morosidad modifica el régimen de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en lo que respecta a los productos de gran consumo y a los de alimentación, distinguiendo además dentro de éstos a los productos frescos o perecederos (las definiciones de estas clases de productos se encuentran en un Real Decreto específico aprobado recientemente al efecto, el Real Decreto 367/2005, de 8 de abril). En cuanto a estos últimos, la Ley de Morosi-

dad establece que las partes no podrán aplazar su pago más allá de 30 días; y en lo que respecta a los productos de gran consumo y productos de alimentación que no sean frescos o perecederos, que las partes no podrán acordar aplazar su pago más allá de 90 días, si bien, a partir del 1 de julio de 2006, si las partes desean aplazar el pago de dichos productos más allá de 60 días, deberá otorgarse al proveedor una compensación económica por el aplazamiento de pago. En lo que se refiere al resto de los productos, siguen en vigor las previsiones que ya recogía el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

El devengo de intereses de demora

La Ley de Morosidad dispone asimismo que se devengarán automáticamente, es decir, sin necesidad de denuncia o intimación previa al deudor, intereses de demora una vez que el deudor haya incumplido los plazos de pago determinados de conformidad con lo establecido en el apartado anterior. La Ley de Morosidad también reconoce expresamente, como ya hacía el Código Civil, que el acreedor no tendrá derecho a dichos intereses de demora si no hubiese cumplido las obligaciones a su cargo, así como si el deudor prueba que no es responsable del retraso en el pago.

Al igual que sucedía para la fijación de plazos de pago, la Ley de Morosidad permite a las partes fijar libremente el tipo de interés de demora aplicable, estableciendo únicamente un tipo subsidiario para el caso de que las partes no lo hayan fijado. Este tipo de interés subsidiario resulta de sumar siete puntos porcentuales al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a la última operación principal de financiación de cada semestre natural. La cifra así calculada, publicada por el Ministerio de Economía, será de aplicación durante todo el semestre natural siguiente. Así, para el primer semestre de 2005 el tipo de interés de demora aplicable en defecto de acuerdo entre las partes será del 9,09 % (Resolución de 18 de enero de 2005 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera). Dicha cifra es muy superior a la aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley de Morosidad: el interés legal (ver artículos 316 y 341 del Código de Comercio), actualmente fijado en el 4 % (Disposición adicional quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005).

También en esta materia la Ley de Ordenación del Comercio Minorista presenta alguna singularidad. En concreto, si bien se permite a las partes fijar libremente el tipo de interés de demora, éste no

podrá ser nunca inferior al tipo de interés legal incrementado en un 50 %.

La Ley de Morosidad otorga al acreedor el derecho a recibir no sólo los intereses de demora antes mencionados, sino también una indemnización por los costes de cobro “debidamente acreditados” que se deriven de esa demora. En lo que respecta a la cuantía de dicha indemnización, la Ley de Morosidad dispone como regla general que el cálculo de la indemnización debe basarse en los principios de transparencia y proporcionalidad. Este principio de proporcionalidad se concreta en la limitación de la indemnización al 15 % de la deuda, salvo para las deudas inferiores a 30.000 euros, en cuyo caso el límite es el propio importe de la deuda. Establece además la Ley de Morosidad que no será de aplicación la indemnización por costes de cobro cuando dichos costes se hallen cubiertos por la condena en costas del deudor.

Las cláusulas abusivas sobre fijación del plazo e intereses de demora

Como hemos visto en los apartados anteriores, la Ley de Morosidad permite a las partes con carácter general fijar libremente tanto el plazo de pago como el tipo de interés de demora aplicable. Sin embargo, con el objeto de evitar que esta libertad de pacto pueda privar de eficacia práctica a la Ley de Morosidad, ésta recoge una cláusula de salvaguardia: la nulidad de las cláusulas abusivas sobre plazos de pago o intereses de demora. Se establece así en beneficio de las pequeñas y medianas empresas un régimen de protección contra las cláusulas abusivas similar al que ya existía en la normativa de protección de los consumidores (por ejemplo, artículo 10 *bis* de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 8.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación).

El carácter abusivo de una cláusula sobre plazo de pago o intereses de demora se determinará tomando en consideración las circunstancias del caso: entre otras, el tipo de producto o servicio, los usos habituales del comercio en el sector de que se trate (si bien la práctica repetida de plazos de pago abusivos en un determinado sector no puede considerarse un uso habitual del comercio), si el deudor ha prestado o no garantías adicionales, si la cláusula sirve principalmente para que el deudor pueda disfrutar de liquidez adicional, si las condiciones que al deudor le imponen sus proveedores o subcontratistas son similares, o cualquier otra razón de carácter objetivo que justifique apartarse de los plazos de aplicación subsidiaria que establece la Ley de Morosidad.

Si no existen estas razones objetivas y un juez declara la nulidad de una cláusula sobre plazo de pago o intereses de demora, el juez, que dispondrá de facultades moderadoras, podrá integrar el contenido del contrato de acuerdo con el artículo 1.258 del Código Civil —es razonable pensar que aplicando las reglas sobre plazos de pago o intereses de demora que la propia Ley de Morosidad establece con carácter subsidiario—.

Por último, es importante destacar que se extiende el régimen de nulidad de cláusulas abusivas contenido en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación a las cláusulas sobre plazos de pago e intereses de demora que quedan sujetas a la Ley de Morosidad. Podrán incluso ejercitarse las acciones de cesación y retractación previstas en aquélla.

Las cláusulas de reserva de dominio

También incluye la nueva Ley una regulación general de las cláusulas de reserva de dominio en las operaciones comerciales bajo su campo de aplicación. La mayoría de dichas cláusulas quedaban hasta ahora al margen de la normativa existente, ya que el artículo 5 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles excluía de su ámbito de aplicación las reservas de dominio sobre bienes muebles destinados a la reventa. El vacío legal se había cubierto, al menos en parte, con la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que modificó la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y estableció una mínima regulación sobre algunas de esas reservas de dominio no sujetas a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Asimismo, la Ley Concursal, asimilándolas a garantías, las mencionaba en su artículo 90 al definir los créditos con garantía especial —también mencionan las cláusulas de reserva de dominio las normas concursales de Derecho internacional privado (artículo 201 de la Ley Concursal y artículo 7 del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia)—.

La Ley de Morosidad reconoce ya expresamente la validez y eficacia de las cláusulas de reserva de dominio entre comerciantes, afirmando que, cuando se hayan pactado expresamente antes de la entrega de los bienes, el vendedor conservará la propiedad de los bienes hasta que se le haya abonado íntegramente el precio. En las operaciones sometidas a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista será necesario además que la reserva de dominio se haga constar en las facturas relativas a la mercancía correspondiente.

La Ley de Morosidad, como también hace la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, reconoce expresa-

mente la posibilidad de que el vendedor subrogue en sus derechos al financiador de la operación comercial subyacente, y establece asimismo que el vendedor y el financiador podrán retener en garantía la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes objeto de la reserva de dominio, práctica habitual en muchos sectores, como, por ejemplo, el de la financiación de vehículos automóviles a concesionarios.

Valoración general de la Ley de Morosidad

En vista de la enorme carga financiera que viene suponiendo en los últimos años la morosidad para las pequeñas y medianas empresas, es necesario aplaudir la aprobación de la Ley de Morosidad. Su eficacia práctica, sin embargo, resulta a fecha de hoy bastante incierta. En especial, el amplio margen de maniobra acordado a la autonomía de la voluntad, limitado únicamente por el mecanismo de la nulidad de las cláusulas abusivas, supondrá que la operatividad de la Ley de Morosidad descansará en gran medida en los jueces que aplicarán dicha salvaguardia.

Por último, y desde un punto de vista estrictamente legal, cabe quizá también cuestionar la opción del legislador español, que, una vez más, decide transponer la normativa comunitaria mediante legislación especial que se superpone a la legislación existente en la materia, creando una dispersión y fragmentación innecesarias, a lo que se suma la variedad de excepciones y regímenes transitorios recogidos en la Ley. En aras de la claridad y la consistencia, cabe preguntarse si no hubiera sido mejor incluir las previsiones de la Directiva en las disposiciones que ya se venían ocupando de esta cuestión, modificando en lo que fuera necesario el Código de Comercio y la legislación especial en materia de condiciones generales, comercio minorista y contratación pública.

JULIO PARDO RODRÍGUEZ (*)

EL ASUNTO "DISA / SHELL": LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DECIDEN SU PRIMER GRANCASO DE CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR DE LOS CARBURANTES

El 21 de enero de 2005 el Consejo de Ministros, siguiendo el Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia (el "TDC"), acordó autorizar con con-

diciones la toma de control exclusivo de las sociedades Shell Peninsular, S.L. ("Shell Peninsular") y Shell Atlántica, S.L. ("Shell Atlántica") por parte de la empresa canaria Disa Corporación Petrolífera, S.A. ("Disa").

Sin lugar a dudas, se trata ésta de la operación más importante del sector petrolero español en los últimos años, en virtud de la cual una empresa regional se ha convertido en el cuarto operador petrolero español en volumen y puntos de venta tras adquirir parte del negocio del grupo anglo-holandés Royal Dutch/Shell ("Shell"), incluidas las 326 estaciones de servicio abanderadas por Shell en nuestro país. Pero además de su trascendencia económica, el asunto "DISA / SHELL" reviste una considerable importancia jurídica, al tratarse del primer caso resuelto por las autoridades españolas de defensa de la competencia en el que se han analizado en detalle los diferentes aspectos estructurales que derivan de una operación de concentración en el sector de los carburantes de automoción.

A continuación se resumen los aspectos más relevantes de la operación y el análisis llevado a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia (el "Servicio") y el TDC en sus Informes previos a la autorización por el Consejo de Ministros.

Objeto

La operación se enmarca dentro de la decisión de Shell de desinvertir una parte de sus activos en España y Portugal. Por lo que se refiere a los negocios españoles, la desinversión se materializó a través dos procesos diferenciados de venta, el primero relativo a los activos ubicados en la España peninsular y el segundo a los situados en Canarias, Ceuta y Melilla. En ambos procesos, Disa fue la compradora elegida por Shell.

La concentración analizada consiste en la adquisición de la totalidad del capital social de Shell Atlántica y de Shell Peninsular, así como en la celebración de un contrato de licencia de marca por el que se permite al adquirente utilizar en España las marcas de Shell durante un periodo temporal determinado. La operación se completa con la celebración entre las partes de acuerdos relativos a la venta de lubricantes del Grupo Shell y al uso de la tarjeta Euroshell en estaciones de servicio.

En cuanto a los activos y negocios adquiridos a través de Shell Atlántica y Shell Peninsular, se trata fundamentalmente de la red de distribución minorista integrada por las estaciones de servicio abanderadas

* Abogado del Departamento de Derecho Mercantil de Uría & Menéndez (Madrid).

y suministradas por Shell, así como del negocio de ventas mayoristas o “extra-red” de productos petrolíferos de Shell. La operación alcanza igualmente a ciertas instalaciones de almacenamiento de productos petrolíferos y al 5 % en el capital social de la Compañía Logística de Hidrocarburos. Por el contrario, la operación no incluye negocios tales como la comercialización al por mayor de lubricantes, los combustibles para aviación y embarcaciones, los negocios de gas natural, GLP y electricidad, así como determinadas instalaciones de almacenamiento.

Procedimiento ante el Servicio

El procedimiento se inició con la presentación de dos notificaciones separadas y relativas a la adquisición de Shell Atlántica y Shell Peninsular, respectivamente. Sin embargo, el Servicio decidió acumular ambas notificaciones en un mismo expediente por considerar que se trataba de una misma y única operación de concentración, y ello a pesar de que: (i) como se ha indicado, la venta de los activos peninsulares y extrapeninsulares se materializó a través de procesos distintos entre sí; y (ii) el ordenamiento español no contempla una disposición equivalente al artículo 5 del Reglamento 139/2004/CE, que permite a la Comisión Europea considerar la existencia de una sola concentración cuando dos o más operaciones tengan lugar en un período de dos años entre las mismas partes.

Para la elaboración de su Informe, el Servicio solicitó a la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) un dictamen sobre la operación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Éste es por tanto el cauce jurídico que presumiblemente empleará el Servicio para asociar, ya desde la primera fase, a órganos regulatorios especializados en la tramitación de expedientes de concentración que afecten a sus respectivos sectores de actividad.

Sobre la base del dictamen de la CNE, el Servicio distinguió los siguientes mercados relevantes: (i) distribución minorista (en red) de combustibles en la Península, en Canarias, en Ceuta y en Melilla (dejando abierta la posibilidad de definir mercados más estrechos considerando cada una de las Islas como mercados separados); (ii) distribución mayorista o “extra-red” de gasóleos y fuelóleos en Canarias y en la Península; y (iii) prestación de servicios de almacenamiento en Canarias y en Melilla.

Uno de los principales aspectos sustantivos decididos por el Servicio es la forma de computar la cuo-

ta de mercado de las compañías petroleras en el mercado de la distribución minorista de combustibles. En concreto, el Servicio entendió que forman parte de dicha cuota de mercado las ventas de *todas las estaciones de servicio vinculadas a la compañía petrolera mediante un contrato de exclusividad de suministro*, tanto las que tienen un vínculo contractual “fuerte” con aquélla (i.e. estaciones sobre las que la petrolera tiene un derecho real de propiedad o de otro tipo, correspondientes a los llamados modelos “company owned / company operated” (“COCO”) y “company owned / dealer operated” (“CODO”)) como las que tienen un vínculo “débil” (i.e. estaciones propiedad de un tercero y gestionadas por éste, correspondientes al llamado modelo “dealer owned / dealer operated” —“DODO”—), incluso aunque no estén abanderadas con la enseña de la empresa suministradora. Este último supuesto resultaba particularmente relevante en la operación, toda vez que la notificante suministraba en exclusiva en Canarias a un buen número de estaciones de servicio del modelo “DODO” y abanderadas con la enseña de otra compañía.

El Servicio consideró que la operación era susceptible de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, por lo que acordó remitirla al TDC. Tal conclusión se basó esencialmente en los efectos de la operación en el mercado de la distribución minorista de combustibles en Canarias, al suponer el refuerzo de un liderazgo preexistente y alcanzarse una cuota de mercado superior al 50 %, tanto en el Archipiélago en su conjunto como en alguna de sus Islas.

Procedimiento ante el TDC

El TDC examinó específicamente la tesis del Servicio según la cual incluso las ventas realizadas por estaciones de servicio del tipo DODO y abanderadas con la enseña de un tercero debían imputarse a la compañía petrolera que las suministra en exclusiva. El TDC admitió que las únicas estaciones cuyas ventas no pueden atribuirse a la compañía petrolera que las suministra en exclusiva son las estaciones tipo DODO no abanderadas por la petrolera suministradora. Sin embargo, el TDC matizó que el “abanderamiento” puede hacerse tanto con enseña propia como con enseña ajena; esto es, en el caso —infrecuente en la práctica— de que el abanderamiento y el suministro exclusivo estén disociados tendría prioridad el criterio de la exclusividad de suministro a efectos de atribuir las ventas de la estación de servicio en causa.

En otros términos, las ventas de las estaciones de servicio suministradas en exclusiva por una compañía petrolera pero abanderadas con la enseña de otra se atribuirán a la cuota minorista de la primera y no de la segunda. Por el contrario, parece que las ventas de las estaciones de servicio suministradas en exclusiva por una compañía petrolera pero sin bandera (i.e. estaciones de “marca blanca”) deben atribuirse a las propias estaciones y no a la petrolera suministradora.

Por lo que respecta al análisis de fondo, el TDC consideró que la operación no impide la competencia en el mercado de venta minorista de carburantes en la Península, aunque sí podría obstaculizarla en el mercado canario. Con todo, y pese a obtener una cuota de mercado superior al 50% en el conjunto del Archipiélago y en algunas Islas, no se alcanzaría una posición de dominio dado que: (i) la entidad adquirente carece de integración vertical y de bandera propia; (ii) los proveedores de productos petrolíferos en Canarias dependen significativamente del aprovisionamiento de la única refinería existente en Canarias; y (iii) un buen número de estaciones de servicio en Canarias pertenecen al modelo DODO y están gestionadas por revendedores independientes, con libertad para fijar el precio de venta al público y cambiar con relativa facilidad de bandera y suministrador.

El TDC sí observa no obstante un cierto riesgo de concertación futura en el mercado canario entre la adquirente y un operador competidor habida cuenta de que: (i) existe una situación de dependencia entre ambos en el aprovisionamiento — dado que el competidor era el titular de la única refinería existente en Canarias y, por tanto, el principal proveedor de productos refinados en el Archipiélago— y en el abanderamiento —por cuanto que la gran mayoría de las estaciones ubicadas en Canarias y pertenecientes a la red de la adquirente están abanderadas con la enseña del competidor—; (ii) la adquirente es el principal distribuidor en Canarias de los lubricantes del competidor; y (iii) existían vínculos estructurales entre ambas empresas.

A la luz de lo anterior, el TDC recomendó en su Informe la autorización de la operación si bien bajo ciertas condiciones. Estas condiciones, que *no incluían la desinversión de ningún activo por parte de Disa* (i.e. estaciones de servicio, contratos de suministro en exclusiva, capacidad de almacenamiento, etc.), eran las siguientes:

(i) Durante un periodo inicial de cinco años no se podrá establecer la presencia cruzada de

membros de los Consejos de Administración en los grupos Disa y CEPSA;

(ii) Disa no podrá incrementar durante cinco años el número de estaciones de servicio de su red en Canarias, estableciéndose por tanto una moratoria similar a la que en su día se impuso por el Real Decreto-Ley 6/2000 a nivel nacional;

(iii) Disa tendrá que desarrollar una bandera propia para las estaciones de servicio de su red en Canarias, además de prohibírsele aumentar el número de estaciones de su red abanderadas con la enseña CEPSA;

(iv) Por último, se dispone la vigilancia de los precios de venta al público en las estaciones de servicio de Disa por parte del Servicio.

Conclusiones

El asunto “DISA / SHELL” constituirá un precedente de gran importancia para las futuras operaciones de concentración económica que afecten al sector de los carburantes y se notifiquen a las autoridades españolas. En este expediente, tanto el Servicio como el propio TDC han clarificado determinados aspectos que sin duda se plantearán también en las operaciones venideras, tales como la definición de mercados relevantes (tanto de producto como geográficos), el método de cómputo de la cuota de mercado minorista de las compañías petroleras e, incluso, la cuestión de cuándo dos procesos separados de venta de activos pueden considerarse parte de la misma operación de concentración.

En cuanto a las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros, merece sin duda reseñarse que, junto con condiciones tradicionales de naturaleza estructural (tales como la supresión de vínculos societarios o la limitación del número de puntos de venta), aparece una condición “de actuación”, como es la obligación de crear e implantar en el mercado una marca o bandera nueva y propia.

El asunto “DISA / SHELL” revela que el análisis material de las autoridades ha ido más allá de la existencia de cuotas de mercado elevadas (i.e. por encima del 50%) y de la concentración entre el primer y el segundo operador del mercado, tomando en consideración muchos otros aspectos tales como la propia estructura del mercado, la existencia de un proveedor de gran fuerza negociadora y las ventajas competitivas de algunos competidores (i.e. integración vertical y bandera propia). La importancia práctica de dichos factores adicionales queda sufi-

cientemente subrayada por el hecho de que las autoridades no exigieron la desinversión de ningún activo a efectos de aprobar la concentración.

JAIME FOLGUERA Y ALFONSO GUTIÉRREZ (*)

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO. NUEVAS EXIGENCIAS EN EL CONTENIDO DEL PLAN SOCIAL

La finalidad del Plan Social

Al amparo de la normativa vigente, el Plan Social debe formar parte de la solicitud con la que el empresario inicia la tramitación del expediente de regulación de empleo (ERE) cuando la empresa tiene 50 o más trabajadores. Por lo tanto, su aportación al expediente constituye una obligación que debe ser cumplida por el empresario previamente a la adopción de la decisión extintiva, y cuyo contenido limita sus facultades de organización, dada la relación directa que existe entre los objetivos que deben alcanzarse a través de dicho Plan y su decisión de reducción de plantilla por la vía del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

En concreto, el artículo 6.1.c) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos (Real Decreto 43/1996), determina que el Plan Social que debe acompañar la solicitud del ERE, debe contemplar las medidas adoptadas o previstas por el empresario para evitar o reducir los efectos del despido, así como aquellas otras encaminadas a paliar las consecuencias de la medida extintiva para los trabajadores que resulten finalmente afectados por el ERE.

El cumplimiento del mandato previsto en el artículo 6.1.c) del Real Decreto 43/1996, exige un determinado comportamiento por parte del empresario, en tanto que se trata de una “obligación de hacer” que requiere el despliegue de una actividad para lograr un determinado fin, pero no tanto la adopción de unas medidas concretas. En este sentido, se puede decir que un Plan Social debe establecer la previsión

de un conjunto organizado de medidas que beneficien al colectivo de trabajadores afectados por la decisión extintiva.

En puridad, un Plan Social no debe atender solamente a la situación individual de cada trabajador, limitándose a aceptar la expulsión del mercado laboral de los excedentes de plantilla a cambio de una compensación económica, sino que, por el contrario, debe evitar que la ruptura de la relación contractual con la empresa suponga colocar al trabajador afectado en una situación de desventaja o de dificultad para conseguir una nueva ocupación. Dicho de otro modo, las medidas del Plan Social deben procurar que el trabajador despedido aumente sus posibilidades de reintegrarse de nuevo en el mercado laboral. Por lo tanto, a través de las medidas que puedan establecerse en el Plan Social debe tenderse a conseguir que los aspectos profesionales —y no sólo los puramente económicos— pasen a un primer plano en la negociación del ERE.

A pesar de que la finalidad teórica de los Planes Sociales es la que se acaba de exponer, la complejidad derivada de que su objetivo no es fácil de alcanzar si no se prevén las medidas con suficiente antelación, así como el elevado coste de las medidas a establecer, han conllevado que, en la práctica, la implantación de auténticos Planes Sociales sea muy limitada —de hecho su aplicación ha quedado casi siempre circunscrita a empresas con plantillas muy numerosas y en las que el proceso de reestructuración de personal se ha fundamentado en razones organizativas (nunca en situación de crisis económica)—, y no porque éste no sea obligatorio, sino por la falta de medios para elaborar “verdaderos” Planes Sociales.

De este modo, se constata que en el ERE no se acuerdan auténticas medidas para amortiguar las consecuencias del despido o reducir el número de trabajadores afectados, ya sea porque no son ofertadas por el empresario o no son aceptadas por los representantes de los trabajadores, quienes, en ocasiones, bien por razones profesionales o personales de los propios trabajadores, prefieren limitar la negociación a las compensaciones económicas en favor de sus representados. Consecuencia de todo ello, ha sido la conversión del Plan Social en lo que podría denominarse un plan económico.

Frente a la complejidad del Plan Social, tal y como está aparentemente contemplado en la normativa aplicable, el plan económico se caracteriza por su simplicidad y sus limitados objetivos. Y ello es así por cuanto las medidas que predominan en ellos se limitan al establecimiento de:

* Abogados del Departamento de Derecho Europeo y de la Competencia de Uría & Menéndez (Madrid).
Todos los datos e informaciones citados en el presente artículo pueden encontrarse en las versiones públicas de los Informes del Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.

(i) Sistemas para incentivar el acuerdo, mediante el incremento —a veces cuantioso— de la indemnización legal dispuesta en el artículo 51.8 del ET; y

(ii) Planes de Prejubilación en los que, como regla general, el empresario se obliga a complementar la prestación que el trabajador recibe de la Seguridad Social, financiando además el llamado Convenio Especial con ésta.

Ocurre que, a través de estos planes económicos, el empresario no termina de afrontar las negativas consecuencias que las extinciones provocan sobre la situación profesional del trabajador e indirectamente sobre el mercado de trabajo. En todo caso, la elevada aceptación que tiene entre los trabajadores el incremento de la indemnización legalmente establecida y el hecho de que estas mejoras económicas también moderen los negativos efectos de los despidos, cumpliendo de este modo, siquiera mínimamente, con alguno de los fines previstos en el artículo 6.1.c) del Real Decreto 43/1996, induce a los negociadores a concentrar la negociación en el debate de estas medidas estrictamente económicas en perjuicio de otras de carácter social que favorezcan la posición del trabajador desde un punto de vista profesional u ocupacional.

Hacia un nuevo enfoque del Plan Social

En los últimos tiempos, la aceleración del cambio tecnológico y las transformaciones estructurales de la economía mundial han propiciado, no sólo cambios en la situación laboral de los trabajadores, sino también en el mercado de trabajo, al producirse un aumento considerable del número de despidos relacionados con estas causas.

Y es en este nuevo contexto relacionado con la llamada deslocalización, en el que se están llevando a cabo los más recientes y significados despidos colectivos, el que parece que está provocando un cambio en el criterio de la Administración (tanto en el ámbito estatal como en el de las Comunidades Autónomas) a la hora de valorar la idoneidad del Plan Social presentado por el empresario solicitante del ERE. Las Administraciones Públicas entienden que este nuevo criterio es, en todo caso, más acorde con los principios rectores de la Directiva comunitaria 98/59 de 19 de julio, el Convenio 158 de la OIT y la Recomendación 166.

Así, frente a las tradicionales políticas empresariales que, ante una situación de crisis, se limitan a la adopción de medidas meramente “reactivas” (planes

económicos), el planteamiento de las Administraciones Públicas parece decantarse en la actualidad por impulsar y potenciar la adopción por las empresas de medidas de carácter “activo o preventivo” dentro del Plan Social.

Estas medidas “activas o preventivas” se distinguen básicamente por su carácter anticipador y reparador de los perjuicios (en términos estrictamente de pérdida de empleo) generados por el cambio económico y tecnológico, y tienen como objetivos básicos mejorar la capacidad de empleo de los trabajadores excedentes y facilitar su adaptación a los cambios tecnológicos y económicos.

Asimismo, y con independencia de los beneficios generados en términos de empleo, la aplicación de estas políticas “activas o preventivas” por parte de las empresas, como elemento fundamental de los Planes Sociales, supone igualmente un ahorro importante para la Administración, al no tener que intervenir como parte y dentro del Plan Social mediante la asunción de políticas “pasivas de empleo” (sistema de prestación por desempleo, ayudas y complementos a la prejubilación).

Las características de estas medidas “activas o preventivas” están en función del colectivo afectado y de cada proceso negociador, de forma que la misma medida negociada en cada empresa tiene unos rasgos diferentes. No obstante, y siquiera sea con carácter general, las principales medidas “activas o preventivas” que desde la Administración se están impulsando o fomentando para su adopción por las empresas dentro del Plan Social son las siguientes:

(i) Elaboración de Planes de Reindustrialización. Estos planes tienen como objetivo evitar la destrucción del tejido industrial existente en la zona o ámbito geográfico del ERE, de forma que se mantenga la actividad industrial y, consecuentemente, el nivel de empleo.

Existen ya significativos ejemplos de despidos colectivos de empresas con una marcada y significativa implantación en una determinada zona o ámbito geográfico, en los que se han acordado con las representaciones sindicales medidas sociales encaminadas a buscar un nuevo socio industrial que mantenga el nivel de empleo en la zona.

Asimismo, el denominado “autoempleo” es otro instrumento que tiene su encuadre dentro de los Planes de Reindustrialización. A través de esta medida se facilita al trabajador despedido el acceso de nuevo al mercado de trabajo, propor-

cionándole la ayuda necesaria para crear su propia empresa, o para que se constituya en trabajador autónomo aportando las más de las veces su prestación de desempleo capitalizada.

(ii) Desarrollo de Programas de Búsqueda de Empleo. Dichos programas pretenden facilitar al trabajador despedido ayuda para la reclasificación profesional en función de su capacidad individual. Así, la empresa se compromete a aportar los medios técnicos humanos y financieros necesarios para ayudar a los trabajadores a reciclarse profesionalmente respecto de la actividad que habitualmente desarrollaban.

El *outplacement* o la constitución de antenas de empleo, cobrarán de esta forma un mayor protagonismo a la hora de negociar los ERE.

(iii) Implantación de Programas de Formación. Mediante la gestión de programas de formación se consigue potenciar el acceso a un nuevo empleo del trabajador despedido, mediante la adquisición de conocimientos que le permitan desarrollar nuevas y distintas funciones de las que tradicionalmente había venido desempeñando. Todo ello con el fin de encontrar nuevas oportunidades de empleo, ya sea en la misma empresa, en otras empresas del grupo, o en empresas del mismo o distinto sector.

Conclusiones

Ante la creciente importancia que el fenómeno de la deslocalización está teniendo en la actividad industrial española, todo indica que las Administraciones Públicas van a potenciar la importancia y trascendencia del Plan Social que debe acompañar al ERE.

En este sentido, la tendencia es reorientar la actual configuración de los Planes Sociales, superando su actual carácter predominantemente económico y enfatizando su vertiente más “social” de forma que su finalidad primordial sea el mantenimiento de los niveles de empleo y la recolocación de los excedentes laborales, y no la mera garantía para los trabajadores de la percepción de una renta determinada en forma de indemnización por despido, tal y como ha venido ocurriendo hasta ahora.

DANIEL CIFUENTES MATEOS (*)

* Abogado del Departamento de Derecho Laboral de Uría y Menéndez (Madrid).

LA FINANCIACIÓN DE LA OBRA CINEMATOGRÁFICA A TRAVÉS DE LA TELEVISIÓN

Estas líneas tienen por objeto analizar la llamada obligación de financiación, es decir, la obligación impuesta por la normativa española a determinados operadores de televisión, consistente en destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, a la financiación de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos. El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España.

Si bien es cierto que la obligación de financiación se introdujo en el ordenamiento jurídico español en 1999, se trata de un asunto de incuestionable actualidad. Buena muestra de esa actualidad son las actuaciones recientes —y de signo contrario— llevadas a cabo por los colectivos implicados en la aplicación de esta obligación: básicamente, los operadores de televisiones, como obligados a cumplir, y los productores de contenidos audiovisuales, como potenciales beneficiarios de la inversión.

Así, por un lado, algunos operadores de televisión mantienen en la actualidad interpuesto un recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, contra el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador de la obligación de financiación (i.e., el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos y españoles —el “Reglamento”—).

Por otro lado, la junta directiva de la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPAE) ha aprobado en abril de 2005 una petición a los operadores de televisión de una aportación del 2 por 100 de los ingresos, de carácter adicional a la aportación del 5 por 100 en que se concreta la obligación de financiación que es objeto de nuestro análisis.

Finalidad de la obligación de financiación

Para una adecuada comprensión de la obligación de financiación y del debate de que es objeto, es necesario referirse a su origen y finalidad. A este respecto, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con las manifestaciones expresadas por el propio legislador español en las normas que regulan la obligación de financiación, la finalidad de ésta es coadyuvar “al

fomento de la industria cinematográfica europea en general y española en particular”.

Efectivamente, es lugar común en el análisis de la obligación de financiación referirse al desequilibrio que se observa en Europa en la distribución de cine procedente de los Estados Unidos de América frente al procedente de la Unión Europea (en este sentido se pronuncia, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual”, de 15 de diciembre de 2003).

Pero más en concreto, los datos publicados por el Instituto de la Cinematografía y las Artes Escénicas (ICAA), dependiente del Ministerio de Cultura, son muy elocuentes. Por tomar los más recientes, en el primer trimestre del año 2005, la cuota de películas de Estados miembros de la Unión Europea exhibidas en salas de cine españolas representaba un 30,15% del mercado mientras que la cuota correspondiente a películas norteamericanas representaba un 66,78%.

Los poderes públicos no han ignorado esta situación y tanto desde instancias comunitarias como desde instancias nacionales han adoptado una serie de medidas de protección y fomento de la industria audiovisual europea. Entre estas medidas, nacidas en el marco de la llamada “política audiovisual europea”, figura la obligación de financiación que ahora nos ocupa y que, con las diferencias correspondientes, tiene paralelismos con otras obligaciones de signo semejante, presentes en otros países de la Unión Europea como Francia o el Reino Unido.

El origen de la obligación de financiación: precedentes en la legislación comunitaria

Un breve recorrido histórico nos muestra que pese a la importancia que ya a finales de los años 80 tenía el sector audiovisual europeo, no fue hasta finales de esa década cuando se concretaron las primeras intervenciones comunitarias reseñables en materia de protección y estímulo de la industria audiovisual europea.

En concreto, han sido dos las líneas básicas de actuación de las autoridades comunitarias:

En primer lugar, desde 1987 la Comisión auspició una serie de proyectos dirigidos a estimular el desarrollo de la industria audiovisual, cinematográfica y televisiva europea. A partir del 1991 esos proyectos se agruparon en los sucesivos programas MEDIA

(*Measures por L'Encouragement du Développement de l'Industrie Audiovisuelle*), que siguen en funcionamiento hoy en día. Así, el programa MEDIA Plus Desarrollo, Distribución y Promoción extiende su duración hasta 31 de diciembre de 2005 y ya existe una Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2004, relativa a la aplicación de un nuevo programa de apoyo al sector audiovisual europeo que se conocerá, en su caso, como MEDIA 2007.

En segundo lugar, la actuación comunitaria se concretó en la aprobación de la fundamental Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Se trata de la conocida como Directiva de Televisión sin Fronteras cuyo actual texto es el resultado de la importante modificación introducida por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997.

Aunque la Directiva de Televisión sin Fronteras no contempla directamente una obligación de inversión, su redacción deja la puerta abierta al establecimiento de este tipo de obligaciones por las autoridades nacionales. En concreto, el Considerando 45 de la Directiva 97/36 establece que “[...] el objetivo de apoyar a la producción audiovisual en Europa se puede llevar a cabo dentro de los Estados miembros en el marco de la organización de sus servicios de radiodifusión a través, entre otros medios, de la definición de una misión de interés público para algunos organismos de radiodifusión, incluida la obligación de contribuir sustancialmente a la inversión en producciones europeas”.

Precedentes en la legislación nacional

En 1999 el legislador español desarrolló esa posibilidad de imponer una “obligación de contribuir sustancialmente a la inversión en producciones europeas” y así, mediante la Ley 22/1999, de 7 de junio, modificó el artículo 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se había incorporado al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, a la que ya nos hemos referido más arriba.

Es cierto que antes de 1999 ya existían en el ordenamiento jurídico español algunas disposiciones que establecían medidas de incentivación indirecta de la inversión televisiva en la producción cinematográfica. Así, en algunas normas (por ejemplo, Real Decreto 1282/1989, de 28 de agosto o antiguo artículo

14.4 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada) se otorgaban condiciones más favorables de emisión de películas cuando los operadores que las pretendían emitir habían invertido dinero en la producción de dichas películas. No obstante, la obligación de financiación como hoy la conocemos no aparece hasta 1999.

En cualquier caso, la regulación introducida en 1999 pronto fue motivo de numerosas críticas que dieron lugar a su modificación a través de la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, cuyo tenor sigue hoy vigente.

Esta regulación debe, a su vez, complementarse con la contenida en el Reglamento, que, según reza su Exposición de Motivos, se dictó con la finalidad de facilitar la aplicación de la obligación de financiación que, mientras careció de desarrollo reglamentario, siguió siendo objeto de numerosas dudas que en muy buena medida se han resuelto a través del Reglamento.

Régimen jurídico vigente de la obligación de financiación

En virtud de la normativa vigente, y tal y como anticipábamos al comienzo de estas líneas, los operadores de televisión establecidos en España y que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos. El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España.

Por su parte, el Reglamento pretende clarificar y desarrollar los distintos elementos que integran la obligación de financiación. En los apartados siguientes nos ocupamos, de manera esquemática, de la concreta regulación dada por el Reglamento a los elementos más relevantes de esta obligación.

Ingresos computables

Ingresos incluidos los procedentes de: (i) publicidad; (ii) procedentes de cuotas de abono; (iii) subvenciones; y (iv) en general los ingresos netos de explotación

derivados de la programación y explotación del canal o de los canales de televisión que dan origen a la obligación de financiación.

Ingresos excluidos: (i) los obtenidos de la explotación de otros canales que no generen obligación de financiación; (ii) los procedentes de otras actividades distintas de la televisiva; y (iii) los generados por el alquiler de equipos de recepción o la instalación de antenas.

Ingresos incluidos con ponderación: los ingresos en concepto de derechos por la comercialización de productos asociados a los contenidos emitidos (en referencia a los productos de *merchandising*). Estos ingresos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al 10 por 100 del total de ingresos del operador. En este último caso, sólo será computable como ingreso de explotación la cuantía que exceda de dicho porcentaje.

Gastos e inversiones computables

Gastos incluidos: (i) los gastos en que incurra el operador de televisión en producción propia; y (ii) los gastos en que incurra el operador de televisión en encargos de producción, coproducciones y compra a sus productores de derechos de explotación.

En ambos casos, los gastos deben referirse a: (i) largometrajes y cortometrajes cinematográficos; (ii) películas para televisión; u (iii) otras películas no incluidas en los apartados anteriores siempre que, cualquiera que sea su soporte, sean de nuevos realizadores, experimentales, documentales, pilotos de serie de animación o de decidido carácter cultural.

Gastos excluidos: las compras de derechos de explotación efectuadas a terceros, distintos de la empresa productora, salvo: (i) cuando tengan por objeto una producción realizada exclusivamente por uno o varios productores comunitarios de los que ninguno tenga establecimiento permanente en España; en este caso, podrá computarse como inversión la totalidad del pago efectuado al tercero; (ii) cuando los derechos globales hubieran sido adquiridos por un operador de televisión, las reventas que éste haga a otros operadores de los derechos de emisión para cada una de las diferentes ventanas de explotación podrán computarse por el importe efectivamente abonado en términos netos por cada operador por la adquisición de los mencionados derechos, siempre que se minore por el mismo importe la aportación computada al primer operador; y (iii) cuando los titulares de los derechos de explotación sean empresas distribui-

doras, podrán computarse las cantidades abonadas por el operador de televisión, siempre que exista un mínimo garantizado para la empresa productora de la obra, circunstancia que deberá reflejarse en el contrato entre el operador de televisión y la empresa distribuidora, debiendo computarse como inversión únicamente dicho mínimo garantizado.

Medios para acreditar la financiación efectuada

Si se trata de sociedades constituidas bajo la ley española, deben aportar las cuentas anuales debidamente auditadas, en aquellos casos en que sea necesario conforme a la normativa mercantil aplicable, y depositadas en el Registro Mercantil.

Si se trata de sociedades constituidas con arreglo a la ley distinta de la española, deberán presentar las cuentas anuales acompañadas de la acreditación fehaciente de su depósito en el correspondiente registro, de ser preceptivo dicho depósito, o, en caso contrario, de la certificación del representante del operador correspondiente de haber aprobado las cuentas anuales conforme a la normativa aplicable en el Estado en cuestión.

Tanto para sociedades españolas como para sociedades extranjeras es necesaria la presentación del desglose de los conceptos necesarios para determinar los ingresos computables que, si no viniera reflejado en las cuentas anuales o éstas no hubieran sido auditadas, deberá venir conformado por una auditoría externa.

Si se trata de operadores públicos, acreditarán sus ingresos mediante certificación del Director General del ente público Radio Televisión Española con igual nivel de desglose de ingresos que el requerido a los operadores privados.

Ejercicio en el que se computa la inversión

Será aquél en el que nazca la obligación contractual de los operadores con terceros, independientemente de su fecha de pago. No obstante, atendiendo a la duración de los procesos de producción, se permite que una parte limitada de las inversiones se pueda aplicar al ejercicio siguiente.

Conclusiones

Los años venideros demostrarán si la obligación de financiación ha servido para alcanzar los fines que se perseguían con su introducción en nuestro ordenamiento. Lo que está claro es que su presencia ha

motivado ya algunos cambios relevantes en el modelo de negocio de los operadores de televisión obligados que, sin perjuicio de su oposición a la obligación de financiación, han ido tomando las medidas correspondientes para darle satisfacción, bien sea a través de acuerdos con la propia FAPAE bien sea a través de la creación o el fomento de sus propias divisiones dedicadas de producción de obras audiovisuales. Es de desear, en fin, que lo que en un primer momento fue recibido por los operadores de televisión como una imposición injustificada pueda incluso convertirse en un elemento que impulse definitivamente no sólo un importante sector de la economía nacional y europea sino también una sólida rama de la actividad de los propios operadores de televisión.

RAFAEL IZQUIERDO (*)

RÉGIMEN JURÍDICO PENAL DE LA IMPORTACIÓN PARALELA DE OBJETOS SOMETIDOS A DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Como ya ha sido puesto de manifiesto en números anteriores de *Actualidad Jurídica*, el año 2003 fue, sin duda, un año proclive a la reforma penal, lo que continua justificando el análisis detenido de algunos de los cambios más significativos, habida cuenta de su entrada en vigor en el año 2004. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial no han sido una excepción en el amplio abanico de figuras penales reformadas. Tampoco el fenómeno de la importación paralela de fonogramas ha pasado desapercibido al legislador.

Desde el punto de vista de su importancia para la parte especial del Derecho penal, no puede decirse que la importación paralela posea una especial trascendencia, no al menos como para determinar una específica y detallada atención del legislador penal. Hallándonos en el seno de las denominadas normas penales en blanco, lo habitual es la construcción de tipos penales lo suficientemente difusos como para obligar a la remisión extrapenal y al tiempo lo suficientemente concretos para no poder oponer a la norma penal en blanco tacha de inconstitucionalidad por defectos de legalidad (del presupuesto de hecho). Y, en esa redacción genérica de los tipos, suele agotarse la tarea del legislador.

* Abogado del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría & Menéndez (Madrid).

La polémica jurisprudencial habida durante la vigencia de los artículos 270 párrafo segundo y 274.2, en la redacción original del Código Penal 1995 (en adelante, CP) puede estar, a buen seguro, en la base de esta atención que la importación paralela ha suscitado en el legislador penal de 2003. En efecto, de acuerdo con lo expuesto, las normas penales en blanco anteriores a la reforma penal de 2003 se limitaban a recoger el concepto “importación” como conducta incriminada en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, sin referencias al adjetivo “paralela” (en sentido amplio), ni mucho menos a su significado en cuanto a la licitud o ilicitud de la adquisición en origen del producto importado.

Así las cosas, los conceptos de “importación” o “importación paralela” han tenido, en vía penal, un rendimiento desigual en el seno de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial.

Propiedad industrial

Apenas existe jurisprudencia sobre la importación paralela de marcas (entendida ahora en sentido estricto, es decir, como importación de productos sometidos a derechos de propiedad industrial, con origen lícito en el extranjero). En general, tanto la jurisprudencia de Audiencias como la del Tribunal Supremo, han limitado el análisis a la introducción en territorio comunitario (normalmente español) de productos falsificados, lo cual excede ampliamente la problemática de la importación paralela en sentido estricto. Sobre ésta apenas existe algún pronunciamiento, del cual inferir la tónica de los Tribunales penales ante esta materia. Entre ellos, la sentencia de la AP de La Coruña (sección 1ª), de 23 de julio de 1999, afirmó la irrelevancia penal de la importación de productos de similares características de calidad, marca y precio, adquiridos con facturas, dada la práctica identidad del producto incautado con el producto original. La resolución nada dice expresamente sobre el particular, ni tampoco queda claro de sus fundamentos que la importación paralela fuera objeto de debate en el plenario; pero todo apunta, por escasez de resoluciones y por lo inferido de la que se comenta, a una tendencia jurisprudencial en el ámbito de la propiedad industrial favorable a la consideración lícita de la importación paralela durante la vigencia del 274.2 CP anterior a la reforma.

Propiedad intelectual

Distinto es el caso de la jurisprudencia penal sobre importaciones paralelas relacionada con la propiedad

intelectual *stricto sensu*. Dos son las resoluciones que pusieron de manifiesto la enconada disputa sobre el alcance de la referencia al concepto “importación”.

Por una parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de abril de 2001, entendió que la importación paralela de objetos sometidos a derechos de propiedad intelectual (en particular, de fonogramas) no podía integrarse en el tenor literal del artículo 270.2 CP si las obras habían sido lícitamente obtenidas en el territorio extracomunitario, so pena de una interpretación al margen del principio material de igualdad. Pues, según el parecer del Tribunal, en tal caso estaría ofreciéndose idéntico tratamiento jurídico penal a dos supuestos de desigual desvalor: la importación de obras lícitamente adquiridas en origen y la importación de obras ilícitamente obtenidas en origen. Además, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial no tutelarían el mercado, por lo que la punición de la importación de objetos lícitamente obtenidos desbordaría el bien jurídico protegido en el artículo 270 CP para proteger la competencia, otorgando al titular del derecho una tutela penal exorbitada.

Al tiempo, la denominada jurisprudencia menor, a través de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 7ª), de 29 de enero de 2001, efectuaba una lectura literal del artículo 270.2 CP, que bien podría encuadrarse bajo el aforismo *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*: pues, si el artículo 270.2 CP nada dice sobre la licitud o ilicitud de la obra importada, la exclusión del tenor literal posible del precepto de las obras o marcas lícitamente obtenidas en origen no quedaría suficientemente justificada.

La reforma del Código Penal de 2003

La reforma penal de 2003 ha venido a aclarar esta contradictoria situación, modificando la redacción de los artículos 274 y 270, párrafo segundo, que quedan ahora ambos descritos del siguiente modo:

“Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si estos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia: no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento”.

La redacción de los citados preceptos una clara opción político criminal. Si hasta la entrada en vigor

de la reforma la importación paralela de productos sujetos a derechos de propiedad intelectual o industrial lícitamente obtenidos en el país de origen no encajaban en el tipo penal o su encaje era dudoso, la nueva redacción no deja lugar a dudas. La importación paralela de los objetos mencionados en los artículos 270 y 274 CP será constitutiva de infracción penal, independientemente de que su adquisición fuera lícita o no en el país de origen.

Desde la perspectiva político criminal la opción del legislador, como se apuntaba, es clara y no es preciso establecer mayores precisiones. Desde un punto de vista dogmático, la concreta redacción de los preceptos (idéntica), plantea dudas que reclaman una interpretación que, respetando el tenor literal posible de los tipos, no declare la ilicitud penal de aquello que es lícito civilmente ni, por otra parte, abrogue parte del contenido de la norma, pues ello infringiría el principio de vigencia.

Las dudas dogmáticas que plantean los tipos reformados se resumen en su último inciso:

“no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento”.

Como es sabido, el derecho sobre la marca o sobre objetos sometidos a propiedad intelectual se agota con la introducción del mismo en el mercado comunitario. De modo que, en aquellos casos en que el titular del derecho pone en circulación el objeto en territorio comunitario, no podrá evitar su comercialización por terceros en el mismo territorio. Distinto es el caso en que la obra o el producto marcado son introducidos en espacio comunitario desde países ajenos a la UE. En estos casos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es clara al respecto: la importación desde terceros países hasta territorio comunitario, no solo no agota el derecho, sino que los Estados Miembros no podrán declarar lícita en su ordenamiento la importación paralela Internacional (no comunitaria). La razón es fácilmente comprensible: si los Estados miembros pudieran declarar en su ordenamiento interno la licitud de la importación internacional (desde fuera de la UE) y el consecuente agotamiento del derecho, estarían convirtiendo en lícito cualquier movimiento ulterior de ese producto en el entorno comunitario, pues el derecho del titular de la marca estaría agotado y rige en territorio comunitario el principio de libre circulación de mercancías.

Es razonable, en consecuencia, que el ordenamiento penal español declare la relevancia penal de las importaciones paralelas provenientes de países ajenos a la UE. E, incluso desde una óptica político criminal, puede explicarse que la prohibición penal abarque las obras ilícita, pero también lícitamente, obtenidas fuera de la UE.

Los problemas surgen con la declaración de ilicitud de algunas *importaciones* intracomunitarias. Los artículos 274 y 270, párrafo 2º CP son normas penales en blanco. Deben colmar su contenido con la remisión a normas primarias que regulan detalles cuya inclusión en el tipo de injusto de la norma penal únicamente perjudicarían su comprensión y dificultarían su revisión dinámica. En ese ejercicio de remisión, la norma penal en blanco puede llegar a regular determinadas cuestiones al margen de la propia norma de remisión, declarando la ilicitud de aspectos no regulados por la legislación extrapenal. En tales casos, siempre que los criterios de merecimiento y necesidad de pena se hallen colmados, no existe obstáculo constitucional en que la norma penal se convierta en norma primaria de regulación. Lo que en modo alguno puede suceder, en cambio, es que la norma penal declare la ilicitud de aquello que la norma primaria declara lícito, pues en tal caso se producirá un déficit de proporcionalidad que convertirá el tipo penal resultante en inconstitucional, habida cuenta del *patente derroche inútil de coacción penal* (STC 51/1996). Si la norma civil declara lícita una conducta, es decir, la valora positivamente, el ordenamiento penal no puede, al mismo tiempo, desvalorarla bajo la amenaza de pena pues el juicio de proporcionalidad entre el (des)valor de la conducta y la consecuencia jurídica, sería abiertamente arbitrario.

Este es, precisamente, el riesgo de la nueva redacción ofrecida a los artículos 274 y 270, párrafo 2º CP. En su último inciso, se declara la punibilidad (*contrario sensu*) de las importaciones comunitarias cuando los objetos no hubieran sido obtenidos directamente del titular o con su consentimiento. Y resulta que las importaciones comunitarias son lícitas civilmente, tanto si se obtienen directamente del titular del derecho como de un tercero, y tanto si se obtienen con el consentimiento del titular como si no, porque en todos los casos, la introducción del producto en el mercado comunitario por el titular del derecho habría agotado éste. En consecuencia, es preciso ofrecer una interpretación del precepto que, respetando su tenor literal posible, eluda su eventual inconstitucionalidad por falta de proporcionalidad mientras mantiene, al tiempo, el principio de vigencia. Dicha interpretación pasa por la consideración de los preceptos como deli-

tos específicos de receptación. De modo que solo será de aplicación el último inciso allí donde el objeto, habiéndose importado desde fuera del territorio de la UE al mercado comunitario sin el consentimiento del titular del derecho, hubiera sido posteriormente comercializado (importado, por seguir con la terminología del tipo penal) por terceros a otros países de la propia UE. Dichos terceros, que no habrán participado en la importación internacional (no comunitaria), tendrán no obstante conocimiento de la ilicitud de su puesta en circulación en el mercado comunitario y de la ausencia de agotamiento efectivo del derecho del titular. De modo que únicamente podrían evitar la imputación acreditando el consentimiento del titular del derecho o que los productos fueron adquiridos directamente de él. Ello provocará, sin duda, importantes problemas en torno al concepto de consentimiento, muy controvertido en la dimensión civil de esta materia. Pero, al menos, la nueva redacción de los tipos penales salvará su constitucionalidad y, al tiempo, estarán dotados de un ámbito de vigencia propio.

Conclusión

En resumen, la reforma de los artículos 274 y 270, párrafo segundo CP operada por LO 15/2003, de 26 de noviembre, conllevan dos novedades significativas: por una parte, sancionan expresamente la importación internacional paralela de objetos sometidos a derechos de propiedad intelectual e industrial, tanto si la importación tuvo un origen ilícito como si la adquisición en origen fue lícita; por otro lado, se sanciona penalmente la importación comunitaria (circulación intracomunitaria) de objetos internacionalmente importados sin consentimiento del titular, despejando las dudas que la jurisprudencia había manifestado en esta materia y reforzando la tutela de los derechos de explotación del titular de la marca o el correspondiente derecho de propiedad intelectual.

OSCAR MORALES (*)

JUNTA GENERAL ORDINARIA CELEBRADA FUERA DE PLAZO: LOS ECOS DE LA CONTROVERTIDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ABRIL DE 2003

Cuando la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2003 cayó en manos de los operadores jurídicos, no pocas voces advirtieron de inmediato la incer-

tidumbre práctica que arrastraría su estela. Como se recordará, la Sentencia declaraba la nulidad de una Junta General Ordinaria de Accionistas por celebrarse de modo extemporáneo, esto es, habiendo transcurrido los seis primeros meses del ejercicio social.

El artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas ("LSA") establece, como es sabido, que la Junta General Ordinaria deberá reunirse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. Se planteaba, lógicamente, qué suerte debían correr las Juntas Generales Ordinarias celebradas fuera de ese plazo. La jurisprudencia y un nutrido acervo doctrinal venían expresando de forma pacífica la validez de esas Juntas y de los acuerdos adoptados en ellas. Sin embargo, el Tribunal Supremo reabrió el debate.

Existía expectación por conocer la respuesta de la Justicia ordinaria. Las reacciones no se han hecho esperar. Los Juzgados de lo Mercantil, que desde el 1 de septiembre de 2004 tienen atribuido el conocimiento de las acciones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, parecen comenzar a decantarse por la postura tradicional, soslayando el puntual pronunciamiento discordante del alto Tribunal.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de 23 de septiembre de 2004

Los recién estrenados Juzgados de lo Mercantil han tenido ya ocasión de posicionarse en la materia. En fechas próximas trascendía el auto dictado por el entonces titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, el Ilmo. Sr. D. Pablo Ureña Gutiérrez.

El supuesto de hecho conocido por el Juzgado resulta revelador de la inquietud que la sentencia de 3 de abril de 2003 ha originado en el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Sucedió que, una vez transcurridos los seis primeros meses del ejercicio sin celebrarse Junta Ordinaria, el Consejo de Administración de la sociedad en cuestión se descubrió ante una delicada tesitura. ¿*Quid facere?* ¿Convocar y celebrar la Junta so riesgo de nulidad, como advertía la sentencia de 3 de abril de 2003? ¿Qué alternativas permitía ahora el Tribunal Supremo?

La sentencia de 3 de abril de 2003 colocaba en una incómoda posición a los administradores que no hubiesen convocado Junta antes de que expirase el término legalmente previsto. Si la Junta que se celebrase extemporáneamente podía ser declarada nula, tan sólo parecía quedar expedita la vía de la convocatoria judicial a petición de los accionistas (artículo 101 de la LSA). Ahora bien, ¿qué podían hacer los

* Profesor de Derecho Penal (UOC). Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Barcelona).

administradores si ningún accionista movía ficha? El Consejo de Administración de la sociedad referida en el Auto optó por una solución infrecuente: solicitar él mismo la convocatoria judicial de Junta.

Tras analizar la petición de convocatoria judicial realizada por el Consejo de Administración, el Juzgado enseguida percibió que, a pesar de no ser confesadas, detrás de ese anómalo proceder se podían ocultar dudas relacionadas con la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 3 de abril de 2003.

Consideraciones doctrinales del Auto

Reconduciendo el *thema debatendi* a la validez o nulidad de las Junta Ordinarias extemporáneas —después de haber razonado el rechazo a la solicitud efectuada por los demandantes—, el auto del Juzgado de lo Mercantil muestra un posicionamiento firme: se aparta expresamente de la tesis sostenida por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2003 y hace suya la consolidada doctrina jurisprudencial que declara la validez de las Juntas Ordinarias aun cuando se hubiesen celebrado pasados los seis primeros meses del ejercicio social.

Son múltiples los motivos que conducen a compartir las conclusiones del Juzgado. Es verdad que el artículo 95 de la LSA establece que la Junta Ordinaria se ha de celebrar necesariamente dentro de los seis primeros meses del ejercicio. Ahora bien, la norma parece contener simplemente un mandato dirigido a los administradores. Ninguna disposición determina que una Junta General Ordinaria celebrada extemporáneamente constituya un acto contrario a Ley susceptible de determinar la nulidad de esa Junta. El incumplimiento de la obligación impuesta a los administradores sólo podría tener la consideración, a lo sumo, de un vicio de procedimiento menor. Incluso podría hacer incurrir a los administradores, en su caso, en responsabilidad. Lo que parece claro es que ni nuestro ordenamiento ni nuestra práctica societaria desean que de un vicio de procedimiento menor se predique la cualidad de poder cuestionar la validez de los acuerdos adoptados en Junta.

Idéntica conclusión se alcanza atendiendo al espíritu de la norma. El propósito del legislador no parece ser otro que facilitar a los accionistas la posibilidad de debatir sobre cuestiones de especial importancia para las sociedades. Si no se respeta el plazo de seis meses establecido por la Ley, lo más aconsejable sería que los accionistas se reuniesen lo antes posible. No parece que tenga mucho sentido que si los administradores deciden enmendar su

inicial omisión y convocar la Junta, aun extemporáneamente, se les vete esa posibilidad y se ofrezca como única salida la convocatoria judicial.

La aplicación de los criterios formalistas de la sentencia de 3 de abril de 2003 conduciría, además, a dejar a expensas de los accionistas la celebración de las Juntas que no hubiesen tenido lugar dentro de los seis primeros meses del ejercicio. Como advierte el auto de 23 de septiembre de 2004: *“piénsese que resulta gravemente perturbador para la vida de la sociedad que la convocatoria de la junta general ordinaria, una vez transcurridos los seis primeros meses del ejercicio, quede exclusivamente en manos de los accionistas, los cuales pueden solicitar o no la convocatoria judicial, con evidentes repercusiones”*. Si, como sucedió en el supuesto analizado por el auto, los accionistas no instasen la convocatoria judicial de la Junta Ordinaria, los administradores se podrían ver maniatados tanto para preservar los intereses de la sociedad como para minimizar sus propias responsabilidades.

Valoraciones finales

Por las cuestiones que sucintamente han sido expuestas, parece que los razonamientos del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid deben ser aplaudidos. La práctica de las sociedades mercantiles agradecerá que pronunciamientos como el reseñado contribuyan a restablecer la seguridad jurídica que existía con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2003. Entretanto, hasta que el alto Tribunal tenga ocasión de volverse a pronunciar sobre el particular, resulta más aconsejable que nunca extremar el celo en la celebración de las Juntas Ordinarias dentro de los seis primeros meses del ejercicio social.

ÁNGEL PÉREZ PARDO DE VERA (*)

HACIA UN NUEVO MODELO DE COMERCIALIZACIÓN DE MEDICAMENTOS: ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DIRECTO A FARMACIAS

Tradicionalmente, en España la comercialización de medicamentos se ha estructurado sobre la base de la intervención de tres operadores distintos, de tal modo que el laboratorio farmacéutico (fabricante)

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Madrid).

vende el medicamento al almacén farmacéutico (mayorista), quien a su vez lo vende a la farmacia (minorista), que es quien finalmente pone el producto a disposición del paciente (consumidor).

Actualmente, estamos asistiendo a un movimiento encaminado a dar el salto de este modelo tradicional a un nuevo modelo que contempla el suministro directo por laboratorios a farmacias (esto es, prescindiendo de la intervención de los almacenes mayoristas).

Como ocurre cada vez que se trata de “romper tradiciones”, aquéllos que ven afectado (negativamente) su *statu quo* se alzan en contra de tales cambios, y ello con mayor o menor sustento jurídico. Así, no son infrecuentes los intentos de algunos agentes del mercado farmacéutico por mantener el modelo tradicional (esto es, la intervención de los almacenes mayoristas), y así evitar la consolidación del nuevo modelo todavía en ciernes. El propósito de este breve artículo es precisamente analizar con espíritu crítico, y desde un punto de vista netamente jurídico, algunos argumentos vertidos en contra del nuevo sistema de comercialización.

La controversia (¿ya superada?) en torno al “suministro directo”

Sobre la base de alguna interpretación (forzada, como veremos) de la Ley 25/1990, del Medicamento, y, en particular, de los preceptos dirigidos a garantizar el abastecimiento del mercado, se ha llegado a sostener que los laboratorios estarían obligados a suministrar sus productos a cualquier almacén mayorista que así lo solicite. De este modo, los laboratorios necesariamente tendrían que renunciar al modelo de suministro directo a farmacias, ya que sería incompatible con el pretendido derecho “absoluto” de los almacenes mayoristas a ser suministrados.

Partimos del reconocimiento de que el régimen aplicable al medicamento y, en particular, a los aspectos relativos a su comercialización, está presidido por el objetivo esencial de garantizar el abastecimiento del mercado (que se traduce en garantizar al paciente la disponibilidad del medicamento). La prioridad de este objetivo no sólo tiene reflejo en el principio de continuidad en la prestación del servicio (de mantener abastecida) a la comunidad (artículo 3.2. de la Ley del Medicamento), sino que ha iluminado determinadas opciones legislativas en materias tan cruciales como la fijación de los precios de referencia (en niveles que permitan garantizar el abastecimiento, según el artículo 94.6 de la

Ley del Medicamento), o la suspensión de comercialización o retirada de medicamentos (que sólo será autorizada si no produce laguna terapéutica).

Ahora bien, más allá de esta obligación básica de mantener el mercado adecuadamente abastecido, la Ley del Medicamento no impone obligación o limitación alguna a los laboratorios en relación con la organización de la comercialización de sus medicamentos de la forma que estimen más conveniente. Esta libertad de organizar el abastecimiento de sus medicamentos, que no es si no una plasmación concreta de la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de nuestra Constitución, está expresamente recogida en la legislación farmacéutica. En particular, la libertad de los laboratorios para comercializar sus medicamentos a través (o no) de almacenes mayoristas viene reconocida de forma indubitada en los siguientes preceptos:

(i) El artículo 77 de la Ley del Medicamento, según el cual “*para facilitar la distribución de las especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales destinadas a constituir un medicamento desde los laboratorios fabricantes y los importadores a las oficinas de farmacia y servicios de farmacia legalmente autorizados podrá utilizarse la mediación de los almacenes mayoristas*”. Se concluye fácilmente que la intervención de los almacenes mayoristas es facultativa para los laboratorios (“*podrá utilizarse*”);

(ii) El artículo 77.3 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. En virtud de este artículo, “*La posesión de una autorización de fabricación implica la de distribuir al por mayor los medicamentos a que se refiere dicha autorización.*” Así, también este texto legal reconoce, de manera clara e incondicional, el derecho de los laboratorios a “*distribuir al por mayor sus medicamentos*”.

La contundencia de la ley ha determinado que los tribunales no hayan acogido favorablemente la línea de argumentación basada en la obligación de los laboratorios de vender sus productos a través de mayoristas. Así, en diversos pronunciamientos, los tribunales (y las autoridades de defensa de la competencia) han ratificado la tesis de la libertad de utilización de los mayoristas. Por tanto, parece que la controversia en torno a esta cuestión ha quedado superada.

Ante esta realidad taxativa, la oposición al sistema de suministro directo a farmacias se viene materializado

a través de otro tipo de actuaciones y argumentos, a nuestro juicio más voluntaristas que jurídicos, que son objeto de análisis detallado a continuación.

El destino del “margen mayorista”

Otro de los argumentos esgrimidos por los detractores del sistema de suministro directo para obstaculizar el ejercicio de este derecho por parte de los laboratorios consiste en negar a los laboratorios que opten por el suministro directo a farmacias el derecho a recibir el “precio correspondiente a la distribución” o “margen mayorista”.

Para la adecuada comprensión de este argumento es necesario detenerse brevemente en el examen del sistema de intervención de precios de medicamentos establecido en la Ley del Medicamento.

En este sistema, tanto el precio industrial de los medicamentos (comúnmente denominado “precio de venta de laboratorio” o PVL) como los márgenes correspondientes a la distribución al por mayor y a la dispensación, son fijados por las autoridades sanitarias. Finalizado el proceso de fijación del PVL, el Ministerio de Sanidad y Consumo comunica al laboratorio solicitante tanto el PVL como el precio de venta al público (que resulta de sumar a dicho PVL los citados márgenes), debiendo este último constar en el cartonaje de cada medicamento. Nuestra legislación prevé de forma expresa que el precio de venta al público no puede modificarse en ningún supuesto (más allá de determinados descuentos permitidos en la disposición de especialidades farmacéuticas publicitarias), estando expresamente prohibido a las farmacias dispensar los medicamentos a un precio distinto al que figure en el cartonaje.

Así, por un lado, este sistema de fijación de precios parece (sólo a primera vista, como después argumentaremos) dar por supuesta la intervención de los almacenes mayoristas en la comercialización de los medicamentos, en tanto que prevé, en todo caso, la existencia de un “margen mayorista” en la configuración del precio final (y único) de los medicamentos. Por otro lado, nuestra legislación no da una respuesta expresa a la cuestión de quién tiene derecho a retener el importe correspondiente al margen mayorista, en caso de que los almacenes mayoristas no intervengan en la comercialización del medicamento. Esta (pretendida) indefinición legal sirve de base al argumento esgrimido por los detractores del sistema de suministro directo, que niegan a los laboratorios que asuman directamente las actividades de suministro a farmacias, el derecho

a percibir este margen, alegando que el laboratorio no puede pretender vender sus medicamentos a precio superior al PVL fijado gubernativamente (e ignorando, como veremos más adelante, que la labor de suministro al por mayor realizada por el laboratorio debería ser igualmente remunerada).

A mayor abundamiento, los defensores del modelo tradicional sostienen que el margen mayorista sólo se justifica como retribución de una suerte de servicio “universal” de distribución a cargo de los almacenes mayoristas. Dado que el margen mayorista se fija como un porcentaje del PVL, sin que haya un importe mínimo por unidad de producto distribuido, la distribución individualizada de los productos de menor precio podría resultar ineficiente o deficitaria. Sólo en la medida en que todos los laboratorios comercialicen su cartera de productos a través de los almacenes mayoristas (de modo que se compense el coste logístico del suministro entre productos de mayor y menor precio) se puede garantizar el mantenimiento del servicio (“universal”) de distribución. Así, si los laboratorios, y, en especial aquellos cuya cartera de productos se encuentra en la gama alta de precios, prescinden de los servicios de los almacenes mayoristas, éstos se verían económicamente imposibilitados para garantizar la distribución “universal” (especialmente de los productos de menor precio). De este modo, y siempre según esta línea de argumentación, la “eliminación” del escalón mayorista precisaría un “ajuste” legislativo de este sistema de fijación de márgenes, de tal modo que los laboratorios que suministren directamente los medicamentos a las farmacias no deberían gozar de dicho margen, en la medida que no están prestando el mencionado servicio “universal”.

Éste es, de hecho, el enfoque que en este particular ha adoptado ya alguna administración autonómica (pretendiendo, incluso, retener el margen mayorista hasta que las autoridades estatales competentes dicten la normativa necesaria a tal fin). Sin entrar a analizar en profundidad la legalidad de la citada medida autonómica, que, entre otros vicios, es contraria a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de precios de los medicamentos, albergamos dudas muy fundadas acerca de la viabilidad de una medida de este tenor, aún cuando fuese acordada en una ley estatal.

En nuestra opinión, una regulación de los márgenes correspondientes a la comercialización de los medicamentos basada en qué (o cuántos) agentes intervengan en la comercialización del medicamento

podría suponer un incumplimiento del Derecho Comunitario. Como se ha señalado con anterioridad, el artículo 77.3 de la Directiva 2001/83/CE reconoce, de manera clara e incondicional, el derecho de los laboratorios a “*distribuir al por mayor sus medicamentos*”. La exigencia de respetar el derecho comunitario se traduce, en este caso, en la necesidad de que el ejercicio de este derecho subjetivo no sea impedido ni dificultado por la actuación de los Estados Miembros. Así pues, una regulación de los márgenes correspondientes a la comercialización de los medicamentos en los términos mencionados, en la medida en que pudiera suponer un impedimento para que los laboratorios ejerzan este derecho (a distribuir al por mayor), o hacer más gravoso su ejercicio, tendría visos de suponer un incumplimiento del derecho comunitario por parte del Estado español.

En cualquier caso, en la actualidad, y dejando al margen las cuestiones de *lege ferenda*, lo cierto es que nuestra legislación no prevé obligación alguna de los laboratorios de subvencionar el coste de distribución (a las farmacias) de los medicamentos comercializados por otros laboratorios.

Centrada así la cuestión en argumentos de *lege lata*, por motivos de lógica y coherencia jurídica, es necesario sostener que los laboratorios tienen pleno derecho a asumir el llamado margen mayorista cuando emprendan directamente el suministro a farmacias.

A nuestro modo de ver, del propio sistema de intervención de precios se deriva que la actividad de distribución al por mayor de medicamentos (ejercida por almacenes mayoristas o por los propios laboratorios) ha de remunerarse en cualquier caso. Precisamente por esta razón se establece que el precio final de venta al público es invariable, aún cuando la propia legislación prevé que la intervención de los almacenes mayoristas es facultativa. En otras palabras, el precio de los medicamentos se basa en que hay tres actividades (y no tres agentes) que remunerar. Lo cierto es que se está regulando un margen correspondiente a una actividad (el suministro al por mayor), y no a unos determinados agentes (los almacenes mayoristas).

Téngase en cuenta que los laboratorios, al emprender las actividades de suministro directo, no sólo incurrirán en los costes logísticos correspondientes, sino que asumen de forma automática enteramente el rol hasta ahora (*de facto*) casi exclusivamente reservado a los almacenes mayoristas, incluyendo las responsabilidades de estos y, en particular, deter-

minadas obligaciones de servicio público (urgencias, guardias) impuestas por ley. Así pues, del hecho que los laboratorios asumen el coste, el riesgo y la responsabilidad de tal distribución, ha de seguirse necesariamente que estos tienen derecho a percibir la remuneración prevista para dicha actividad. Lo contrario constituiría, siempre a nuestro juicio, una medida manifiestamente expropiatoria proscrita por nuestra Constitución.

Cabe preguntarse, para cerrar el círculo, cuál sería el destino de dicho margen mayorista en el caso de que (en contra de lo que las autoras de este artículo mantienen) éste, o parte del mismo, no correspondiera a los laboratorios bajo el sistema de suministro directo. Pues bien, al permanecer inalterable el precio de venta al público, de no atribuirse el margen mayorista al laboratorio, (y a falta de una reforma legislativa *ad hoc*) forzosamente habría que pensar que esta remuneración revierte en la farmacia, único otro agente en la cadena de comercialización. Sin embargo, no parece coherente, bajo ningún punto de vista, sostener que un agente cuyas obligaciones y responsabilidades no se ven agravadas tiene derecho a una remuneración adicional por el mero hecho de pasar a suministrarse de un proveedor distinto al tradicional.

En este punto, enlazamos con otro de los argumentos esgrimidos por los detractores del sistema de suministro directo, en este caso, por el colectivo de farmacias, para fundamentar su oposición.

La cuestión de la “libertad de las farmacias” para elegir a sus proveedores

Siempre en defensa del modelo tradicional de comercialización, han surgido voces, en particular de algunas asociaciones empresariales o colegios provinciales de farmacéuticos, defendiendo la “*libertad del farmacéutico para suministrarse del proveedor que desee*”, que derivaría directamente del artículo 38 de la Constitución.

En nuestra opinión, se puede afirmar con toda contundencia que el principio constitucional de libertad de empresa no puede ser instrumentalizado para amparar la libertad absoluta de las farmacias a elegir sus proveedores. Defender hasta sus últimas consecuencias esa libertad absoluta de elección de proveedores, atentaría frontalmente contra uno de principios más esenciales de la legislación farmacéutica: la accesibilidad del paciente al medicamento a través de cualquier farmacia. Así, a nuestro entender, una farmacia que, en ejercicio de esa libertad de elección

elija proveedores que, en conjunto, no le garanticen el suministro de todo el *vademecum*, estaría desatendiendo su obligación principal de continuidad en el servicio (artículo 3.2 de la Ley del Medicamento). De hecho, la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada, y, en general, cualquier acto u omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la farmacia, son tipificados como infracciones graves según el artículo 108.2.b) de la Ley del Medicamento.

Un análisis coherente y conjunto de los principios citados (libertad de empresa y accesibilidad del paciente al medicamento) conduce necesariamente a la conclusión de que, sobre la libertad de las farmacias para elegir sus proveedores prima su obligación de mantener un inventario que le permita la prestación normal de sus servicios (una obligación cuyo incumplimiento sería sancionable en virtud del art. 108 de la Ley del Medicamento). Priorizar la supuesta libertad de elección del farmacéutico resultaría, a la postre en aceptar la selección arbitraria de los medicamentos que estarán disponibles en su oficina de farmacia, proscrita por la Ley del Medicamento en tanto en cuanto impediría una correcta asistencia sanitaria. Por tanto, la farmacia deberá procurarse los medicamentos a través de los canales en los que éstos estén disponibles, pudiendo seleccionar uno u otro únicamente en la medida en que pueda aprovisionarse adecuadamente de los medicamentos que el paciente demanda (y que está obligado a dispensar).

Tomando como base la alegada libertad del farmacéutico para elegir a sus proveedores, ocasionalmente se ha llegado a construir el siguiente silogismo: si el farmacéutico puede libremente elegir a su proveedor, y, por otra parte, está obligado a mantener debidamente abastecido el mercado con los medicamentos que los pacientes demandan, de ello se derivaría una obligación del laboratorio de suministrar a todo operador (en particular almacenes mayoristas) que el farmacéutico seleccione para aprovisionarse de sus productos. Como se aprecia sin dificultad, esta construcción no puede sustentarse jurídicamente, pues choca frontalmente con la libertad del laboratorio para organizar el abastecimiento al mercado, libertad ésta que (como hemos visto) sí viene expresamente reconocida en la legislación farmacéutica, y que no puede quedar desvirtuada por una supuesta facultad del farmacéutico para realizar pedidos únicamente al proveedor de su elección.

Llegados a este punto, parece necesario salir al paso de algunas voces en el sector farmacéutico que

defienden “*el derecho de sustitución*” previsto en la Ley del Medicamento, en el caso de que el mayorista de quien se han venido suministrando tradicionalmente no disponga de un determinado producto. Si bien es cierto que el farmacéutico que no disponga de un medicamento puede sustituirlo por otro de efecto terapéutico análogo, esta facultad está limitada por ley (artículo 90 de la Ley del Medicamento) a los casos en los que el farmacéutico, “*por causa legítima*”, no disponga de la especialidad en cuestión. No debería ser necesario aclarar que la sustitución será legítima si el farmacéutico no puede disponer de un medicamento determinado por causas ajenas a su voluntad, pero no si voluntariamente decide no adquirir dicho medicamento (o, lo que es lo mismo, no contratar con el proveedor que dispone del mismo), por razones de pura conveniencia comercial..

Las farmacias, es evidente, no están facultadas para decidir si dispensan o no un medicamento en función del canal de comercialización del que provenga o de cualquier otra consideración no estrictamente sanitaria. De hecho, es precisamente este papel sanitario del farmacéutico, garante de la permanente y correcta accesibilidad del paciente al medicamento, y ejerciente de una actividad no exclusivamente mercantil, la base sobre la que se ha construido el privilegiado régimen de que goza la oficina de farmacia en nuestro país.

TERESA PAZ-ARES Y BEATRIZ COCINA (*)

LA BASE IMPONIBLE EN EL ITP Y AJD EN LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES DE SOCIEDADES DE TENENCIA DE INMUEBLES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2004

El artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores (“LMV”), constituye la última y vigente expresión de una norma ya clásica en nuestro ordenamiento jurídico a través de la cual el legislador equipara, a efectos de tributación indirecta, la transmisión de la mayoría de las acciones de sociedades cuyo activo está sustancialmente compuesto por inmuebles a la transmisión de los inmuebles mismos. Esta sinonimia legal no es extraña en el ordenamiento tributario.

* Abogadas del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría & Menéndez (Barcelona y Madrid).

Y así en materia de imposición directa es frecuente la presencia de cláusulas similares a la del artículo 108 de la LMV, tanto en normas de origen interno como convencional. Este tipo de cláusulas aparecen en gran parte de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España (así, entre otros muchos, en los Convenios suscritos con Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Corea, EE.UU, Eslovenia, Estonia, Filipinas, Francia, Irlanda, Luxemburgo, México, Noruega, etc).

Desde el Reglamento de 15 de enero de 1959 (que gravaba, bajo ciertos requisitos, las adjudicaciones de inmuebles en el momento de disolución de las sociedades tenedoras), pasando por la Ley 50/1977 de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (su artículo 40 gravaba como transmisión onerosa de bienes inmuebles, por un lado, la transmisión onerosa de acciones o participaciones recibidas con ocasión de la aportación no dineraria de inmuebles al capital social de sociedades, siempre que entre la aportación y la transmisión posterior hubiera transcurrido un plazo inferior al año, y por otro, la transmisión de más de un 80 % de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviera integrado en más de un 80 % por inmuebles) y la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, permanecieron vigentes en nuestro ordenamiento jurídico normas que constituyen el antecedente directo del precepto actualmente vigente (recogido igualmente en el artículo 17 del Real Decreto 828/1995 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), que sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Onerosas (“ITPO”) la transmisión de valores, en dos casos:

- (i) Cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades;
- (ii) Cuando las acciones o participaciones sociales transmitidas hayan sido recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de un año.

Nos vamos a centrar aquí en el primero de estos supuestos por ser el analizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004 cuya trascendencia y contenido constituye el objeto de este artículo.

La base imponible del ITPO en la transmisión de valores representativos de las sociedades inmobiliarias: el artículo 108.2 LMV

Supuesta la aplicación de ITPO a la transmisión de valores, el artículo 108.2 de la LMV se limita a señalar que se tomará como base imponible el valor real de los bienes inmuebles “*calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del ITP-AJD*”.

Lo único que deja claro este precepto, y así lo pone de manifiesto López Aldea (A. López Aldea, “Criterios de aplicación del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, abril 2001), es que debe acudir al valor real de los inmuebles, ya que el artículo 10 del Texto refundido del ITP-AJD define con carácter general la base imponible en la modalidad de ITPO como “*el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o se ceda*”.

Sin embargo, queda sin respuesta con el parco referente normativo expuesto la forma de determinar la base imponible y más en concreto si deben computarse en la base imponible del impuesto la totalidad de los inmuebles incluidos en el activo de la sociedad o sólo deben incluirse aquellos en la parte proporcional a los valores transmitidos y adquiridos.

La postura de la Administración Tributaria

Tanto la Dirección General de Tributos (entre otras, Resoluciones de 13 de noviembre de 1991, de 20 de febrero de 1998 y, más recientemente, de 18 de junio de 2003 y de 3 de diciembre de 2004) como el Tribunal Económico Administrativo Central (así en sus Resoluciones de 23 de noviembre de 1995, 23 de julio de 1998 o 27 de mayo de 1999) han mantenido un criterio similar con respecto a esta cuestión. Consideraban, junto con un importante sector de la doctrina, que la base imponible debe estar integrada por el valor real total de todos los inmuebles titularidad de la sociedad transmitida.

Dicha interpretación se justificaría en palabras de García Gil (J.L. García Gil y F.J. García Gil, *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Relaciones con el IVA. Jurisprudencia. Casos prácticos*, editorial Difusa, 2000)

fundamentalmente en una interpretación finalista de la norma. A juicio del mencionado autor detrás del mencionado gravamen sobre la transmisión de acciones subyace la intención de gravar en imposición indirecta la transmisión misma de los inmuebles, y que se evita mediante la interposición fraudulenta de una persona jurídica.

Señalan los propios autores que “*así, podría ocurrir que gravándose únicamente la transmisión sobre el porcentaje adquirido sobre el valor total del bien, llegara a adquirirse en su totalidad sin soportar gravamen alguno por el resto de la adquisición, al realizarse ésta mediante sucesivas compras de acciones, cuya transmisión resultara exenta por el propio juego del artículo 108 LMV*”.

La postura de la Audiencia Nacional en la sentencia de 5 de noviembre de 1998

Frente a la posición anterior, la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de noviembre de 1998, considerando que la finalidad del 108.2 de la LMV no es gravar el control de las sociedades “inmobiliarias” ni la adquisición de más de un 50% de su capital social, sino la “transmisión de valores”, concluye que la base imponible del ITPO no puede ser otra que el resultado de aplicar el porcentaje adquirido en la mencionada transmisión al valor real de los inmuebles. Y así, si el control de la sociedad se obtiene mediante una transmisión del 15% del capital social, la base imponible de ITPO vendría determinada precisamente por el resultado de aplicar al valor real de los inmuebles el mencionado porcentaje (y no por ejemplo el 51% que el adquirente pasase a ostentar como resultado de la referida transmisión).

La Audiencia Nacional justifica su decisión del siguiente modo:

(i) Tanto en el artículo 40, apartado 2, de la Ley 50/1977 sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal como, sobre todo, en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978 (antecedentes de la norma actualmente vigente, tal y como se expuso con anterioridad) señalaban que “*la base imponible de la liquidación será la parte proporcional del importe de los títulos objeto de la transmisión en el valor de los bienes inmuebles integrados en el activo de la sociedad*”;

(ii) Esta interpretación es acorde con la definición de “hecho imponible” descrito por la normativa del Impuesto sobre Transmisiones “*al centrar el importe de la base imponible en el ‘valor*

de lo transmitido’, no sobre la obtención de una ‘potencialidad’ social, pues, como se ha declarado, el ‘desplazamiento patrimonial’ realizado constituye el hecho ‘imponible’, cuya imposición se hace viable al concurrir una determinada circunstancia, cual es, la obtención de ‘una posición dominante’ que ‘permita ejercer el control’ sobre la sociedad; este mecanismo impositivo, por tanto, se pone en marcha al concurrir esa circunstancia, que se produce cuando la ‘transmisión de los valores’ específicamente efectuada representativa de una ‘parte’ del capital social, coloca en dicha posición a su adquirente”.

Sin perjuicio, a nuestro juicio, de lo acertado de esta postura, el criterio de la Dirección General de Tributos y del Tribunal Administrativo Central ha seguido siendo prácticamente unánime en posteriores pronunciamientos: la base imponible de ITPO en la transmisión de valores de sociedades cuyo activo estuviese constituido mayoritariamente por inmuebles debía estar integrada por el valor real de la totalidad de los inmuebles que integran el activo de la sociedad cuyos valores se transmiten.

La posición de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de abril de 2004

Al objeto de exponer adecuadamente el contenido y efectos de la mencionada sentencia es conveniente realizar una breve referencia a los antecedentes de hecho que dieron lugar al pronunciamiento del más alto órgano jurisdiccional.

La sentencia analiza el tratamiento fiscal aplicable a la adquisición por una persona física del 35% del capital social de una sociedad española cuyo activo está constituido mayoritariamente por inmuebles situados en territorio español. En la medida en que el adquirente disponía en el momento de la referida adquisición de un 44,14% de su capital social, pasó a participar como consecuencia de la mencionada transmisión en la sociedad tenedora de los inmuebles en un 79,14%.

La Unidad de Fiscalidad Internacional de la Inspección de Tributos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria consideró aplicable la norma del artículo 108.2 de la LMV y como consecuencia de ello sujetó a ITPO la mencionada transmisión de acciones sobre el valor real del 100% de los inmuebles titularidad de la sociedad transmitida. Este criterio fue ratificado por el Tribunal Económico-Administrativo Central en el recurso posterior.

No obstante, la Sala de lo Contencioso-Administrativo —Sección. 2.^a— de la Audiencia Nacional en la mencionada sentencia de 5 de noviembre de 1998 revisa la posición del Tribunal Económico-Administrativo Central precisamente en el sentido expuesto en el apartado anterior y sobre la base de la argumentación descrita, concluye que la tributación por ITPO se debe limitar al porcentaje representativo del capital social efectivamente transmitido, es decir, en este caso, el 35%, y no sobre el valor real total de los inmuebles. La Administración General del Estado formula recuso de casación contra la anterior resolución de la Audiencia Nacional y la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, por sentencia de 30 de abril de 2004, desestima el recurso y confirma la interpretación y razonamiento de la Audiencia Nacional.

La argumentación del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo en la mencionada sentencia (cuyo ponente era D. Alfonso Gota Losada) al objeto de analizar el motivo de casación aducido por la Abogacía del Estado, y al igual que la Audiencia Nacional en la sentencia “*a quo*”, vuelve a conceder una importancia fundamental a los antecedentes históricos del artículo 108 LMV, es decir, a la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, y la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978. Sobre esa base va desgarrando los argumentos que le llevan a rechazar el recurso de casación planteado por el Abogado del Estado, y que pueden resumirse del siguiente modo:

(i) En primer lugar la Sala hace suyos los argumentos de la Audiencia Nacional y que se han expuesto en el apartado anterior, es decir, el hecho imponible definido por el artículo 108.2 LMV consiste en la transmisión de valores, no en la adquisición de una posición de control sobre el capital social de las sociedades inmobiliarias, de manera que lo más coherente con dicha definición consiste, una vez cumplidos los requisitos de aplicación del artículo 108.2 LMV, en tributar sobre el porcentaje de capital social efectivamente transmitido.

A juicio del Tribunal Supremo, la tesis del Abogado del Estado al entender que con la transmisión del 35% del capital social el adquirente pasa a disponer del 100% del control de los inmuebles se trata de una *factio iuris* que sólo se pueden establecer por normas de rango legal, y el texto del artículo 108 LMV no contiene tal ficción legal.

(ii) La Sala sostiene que ante la ausencia de regulación expresa por 108.2 LMV de esta cuestión tan trascendente obliga a acudir a sus antecedentes legislativos, y son precisamente éstos los que dan una respuesta coherente a esta cuestión (concretamente la mencionada Orden Ministerial de 14 de enero de 1978) que establecían que la base imponible sería la parte del valor de los bienes inmuebles proporcional a los títulos objeto de la transmisión.

La aplicación de esta interpretación al caso analizado determinaba que la base imponible por ITPO relativa a la transmisión de las acciones no es sino el importe correspondiente al 35% del valor de los inmuebles, con independencia de que el adquirente pasase a participar, como era el caso, en el 79,14% del capital social de dicha sociedad.

Conclusiones: efectos de la sentencia del Tribunal Supremo

La posición del Tribunal Supremo en la sentencia comentada ha supuesto un vuelco en la interpretación de la cuestión relativa a la determinación de la base imponible de ITPO en la transmisión de valores que cayesen en el ámbito de aplicación del artículo 108.2 de la LMV.

Esta sentencia ya ha encontrado continuación en la posición de algún Tribunal Superior de Justicia. Y así el TSJ de Cataluña en su sentencia de 28 de mayo de 2004, vuelve a manifestar al igual que el Tribunal Supremo que a efectos del cálculo de la base imponible se debe tomar exclusivamente el valor patrimonial que se considera transmitido; es decir, a la parte de los bienes inmuebles de la entidad que, a su vez, correspondería a la porción de capital social adquirida, no debiéndose tener en cuenta, a efectos de base imponible, las acciones que la actora poseía con anterioridad a la adquisición de que se trata.

Merece ser en este sentido resaltada la posición del TSJ de Cataluña en la mencionada sentencia de 28 de mayo de 2004, que al referirse a la posición interpretativa mencionada señala:

“Esta es en efecto, la interpretación de la norma que se ajusta mejor a aquel principio constitucional de capacidad económica así como, por descontado, a la propia finalidad perseguida por el legislador, dirigida, según se vio, a impedir la elusión fiscal de la transmisión de los bienes inmobiliarios y que, consecuentemente, exige que el gravamen de la operación se realice en atención al verdadero valor económico de lo que se considera efectivamente transmitido”.

A pesar de todo se trata éste de un debate doctrinal que está lejos de considerarse totalmente resuelto. En efecto, la Dirección General de Tributos en su Resolución de 3 de diciembre de 2004, a pesar del pronunciamiento del Tribunal Supremo, insiste en el mantenimiento de la línea interpretativa tradicional. Sólo una nueva sentencia del Tribunal Supremo en el mismo sentido que el de la de 30 de abril de 2004 ofrecerá a esta interpretación la fortaleza que el ordenamiento jurídico otorga a la Jurisprudencia en los términos previstos en el artículo 1.6 del Código Civil.

A modo de conclusión no debemos dejar de resaltar lo acertado a nuestro juicio de la postura interpretativa sostenida por el Tribunal Supremo en su sentencia 30 de abril de 2004, tanto desde el punto de vista del tenor de la definición del hecho imponible descrito por el 108.2 LMV (que al tratarse de una norma antifraude debe ser objeto de interpretación restrictiva), como de los antecedentes legislativos y fundamentalmente del principio de capacidad económica. Y es que los principios constitucionales de capacidad económica, que exige “*que no se grave una capacidad inexistente o ficticia*” (en palabras de nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 221/1992, de 11 de diciembre, FJ. 4º) y de legalidad tributaria son o al menos deben ser, no sólo los elementos inspiradores fundamentales y faros interpretativos esenciales del ordenamiento tributario sino también fundamento último y guía de las actuaciones de la Administración Tributaria.

SANTIAGO IGLESIAS CANLE (*)

LOS SUELOS CONTAMINADOS EN ESPAÑA: CUESTIONES SIN RESOLVER

El pasado día 14 de enero de 2005, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 9/2005, publicado en el BOE de 18 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo así como los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. La aprobación de esta norma tiene una gran relevancia ya que con ella se mitiga, en gran medida, la inseguridad jurídica que ha imperado en los últimos años en España en materia de suelos contaminados. Sin embargo, quedan aún algunas cuestiones sin

resolver. En las siguientes líneas se identifican estas cuestiones y se analizan las importantes consecuencias que, sin duda, tiene la aplicación de este Real Decreto.

Con la aprobación de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, se instauró un sistema de responsabilidad por suelos contaminados que va más allá del principio “quien contamina paga”. En el artículo 27 de esta norma se establece un régimen de responsabilidad por suelos contaminados que alcanza no sólo a los causantes, sino también a los poseedores y a los propietarios de los suelos, aun cuando no hayan causado la contaminación. De conformidad con este precepto, la declaración de un suelo como contaminado trae consigo la obligación de su limpieza y recuperación, cuyo cumplimiento corresponde a los causantes de la contaminación y, subsidiariamente y por este orden, a los poseedores y propietarios no poseedores de los suelos contaminados. Es decir, en caso de que “el que contamina” no limpie, deberá hacerlo “el que posee” o, subsidiariamente, el que es “propietario”.

Concepto de suelo contaminado

La Ley 10/1998 no atribuye la condición de “suelo contaminado” a todo aquel que esté, de hecho, afectado por sustancias peligrosas, sino sólo a los que hayan sido declarados como contaminados. A tal fin, las Comunidades Autónomas debían esperar a que el Gobierno determinara unos criterios generales y estándares de contaminación en función de los diferentes usos del suelo. Pues bien, esta determinación no ha tenido lugar hasta el 14 de enero pasado, esto es, casi siete años después de la entrada en vigor de la Ley 10/1998. Durante este período, la inseguridad jurídica ha condicionado las operaciones sobre terrenos en los que “podía” existir contaminación, por cuanto no había criterios para saber, con certeza, cuándo ni hasta dónde había que exigir su limpieza.

Ante esta situación, las Comunidades Autónomas reaccionaron de manera diversa. En algunas de ellas, como es el caso de Madrid, se dictaron disposiciones (Decreto 326/1999, de 18 noviembre, de régimen jurídico de suelos contaminados) que establecían, de forma transitoria, las condiciones que tenía que reunir un emplazamiento para que pudiera ser considerado como un suelo contaminado. En otros casos, se establecieron normas para supuestos muy específicos (como el Decreto gallego 263/1999, de 30 de septiembre que fija la concentración límite por vertidos de HCH o la Orden andaluza de 18 de diciembre de 1998, que fija las concentraciones

* Abogado del Departamento de Derecho Tributario de Uría & Menéndez (Madrid).

límite en los suelos afectados por el accidente minero de Aznalcóllar). En otras Comunidades Autónomas, como Cataluña, se han venido manejando criterios no oficiales, pero que permitían conocer los estándares de referencia que estaba empleando la Administración.

Así las cosas, puede entenderse la expectativa que existía ante la aprobación del Real Decreto de suelos contaminados. La consecuencia jurídica más importante que se deriva de esta norma es que, por fin, se pueden conocer los parámetros a los que va a atender la Administración para declarar un suelo como contaminado. Esto determina que en las operaciones inmobiliarias posteriores al Real Decreto, se pueda ya anticipar si el terreno en cuestión está o no contaminado. Sin embargo, y como se indica a continuación, no se agotan aquí las novedades.

De conformidad con el mandato contenido en la Ley 10/1998 (artículo 27.4), el Real Decreto incluye una lista de actividades que tienen la consideración de “potencialmente contaminantes del suelo”. Debe destacarse que en esta lista aparecen actividades tales como la “fabricación de maquinaria diversa para usos específicos” o la “fabricación de otros artículos que utilicen sustancias peligrosas” que adolecen de una excesiva vaguedad que puede dar lugar a incertidumbres o, en todo caso, a una aplicación muy amplia de la norma. A ello se añade que el artículo 3.2 del Real Decreto amplía aún más el concepto de actividades potencialmente contaminantes del suelo al incluir dentro de ellas determinadas actividades de almacenamiento de sustancias peligrosas y de combustible para uso propio.

Obligaciones impuestas por el Real Decreto

Los titulares de las actividades potencialmente contaminantes del suelo y los propietarios de las fincas en las que tenga o haya tenido lugar alguna de tales actividades han de cumplir con una serie de obligaciones impuestas por el Real Decreto. Entre estas obligaciones, destacan las de carácter informativo orientadas a que la Administración recabe los datos necesarios sobre los terrenos que están o pueden estar contaminados. Así, los titulares de actividades potencialmente contaminantes deberán remitir a la Administración autonómica competente, antes del 7 de febrero de 2007, un informe preliminar de situación del suelo en el que se desarrolla dicha actividad. Examinada esta información, la Comunidad Autónoma podrá recabar, tanto del titular de la actividad como del propietario del suelo, informes complementarios más detallados, datos o análisis

que permitan evaluar el grado de contaminación del terreno en cuestión.

Además, los titulares de las actividades potencialmente contaminantes están obligados a emitir periódicamente informes de situación según determine cada Comunidad Autónoma. Por su parte, los propietarios de los suelos en los que se haya desarrollado en el pasado alguna actividad potencialmente contaminante deberán presentar un informe de situación cuando se solicite una licencia o autorización para el establecimiento de alguna actividad diferente de la actividad potencialmente contaminante o que suponga un cambio de uso del suelo.

Respecto de los suelos en los que concurra alguna de las circunstancias indicadas en el Anexo IV del Real Decreto (de carácter eminentemente técnico), se impone al titular de la actividad que se desarrolle en dicho suelo o al “titular del suelo” la obligación de realizar una valoración detallada de los riesgos que puedan suponer para la salud humana o los ecosistemas. Esta valoración de riesgos se deberá poner en conocimiento del órgano competente de la Comunidad Autónoma, a los efectos de la declaración o no del correspondiente emplazamiento como suelo contaminado. En relación con esta previsión, surge la duda del plazo en el que se ha de realizar y presentar a la Administración el análisis de riesgos. Asimismo, debe destacarse que, mientras que en otros artículos del Real Decreto se emplea la expresión “propietario de los suelos” en este precepto (y sólo en él) se hace referencia al “titular”, por lo que se suscita la cuestión de si el poseedor del suelo se ve afectado o no por la obligación de elaborar un análisis de riesgos o por alguna otra de las obligaciones impuestas por la norma.

Publicidad registral

Otro aspecto de interés del Real Decreto es el relativo a la publicidad registral. Mediante las previsiones introducidas por esta norma, se trata de proteger a los terceros de buena fe que adquieren un inmueble sin saber que existe o puede existir contaminación. Así, se impone a los propietarios de fincas en las que se haya realizado alguna actividad potencialmente contaminante la obligación de declarar tal circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre tales fincas. La amplitud del término “*escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos*” puede generar, de nuevo, el problema de la determinación del tipo de actos a que se refiere esta previsión. Debe destacarse que la existencia de tal declaración figu-

rá en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción a que tal transmisión dé lugar.

Declaración de suelos contaminados

Tomando en consideración toda la información recibida, así como otras fuentes de información disponibles, la Comunidad Autónoma declarará, en su caso, un suelo como contaminado para los correspondientes usos atendiendo a los parámetros previstos en el propio Real Decreto.

La declaración de un suelo como contaminado obligará a la realización de las actuaciones necesarias para proceder a su recuperación ambiental en los términos y plazos fijados por el órgano competente. La resolución administrativa por la que se declare el suelo contaminado se hará constar en el folio de la finca o fincas registrales a que afecte, por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio.

Limpieza y recuperación de los suelos contaminados

El Real Decreto establece un principio que debe guiar cualquier actividad de limpieza y de recuperación de un suelo contaminado: se debe garantizar que la contaminación remanente, si la hubiera, se traduzca en niveles de riesgo aceptables de acuerdo con el uso del suelo. Asimismo, se debe dar prioridad, en la medida de lo posible, a las técnicas de tratamiento *in situ* que eviten la generación, traslado y eliminación de residuos. Debe destacarse que en el caso de que por razones justificadas de carácter técnico, económico o medioambiental no sea posible esa recuperación, se pueden aceptar soluciones de recuperación tendentes a reducir la exposición, siempre que incluyan medidas de contención o confinamiento de los suelos afectados.

Los suelos contaminados perderán esta condición cuando se realicen en ellos actuaciones de descontaminación que, en función de los diferentes usos, garanticen que aquéllos han dejado de suponer un riesgo inadmisibles para el objeto de protección designado, salud humana o ecosistemas. En todo caso, un suelo dejará de tener la condición de contaminado para un determinado uso una vez exista y sea firme la resolución administrativa que así lo declare, previa comprobación de la efectividad de las actuaciones de recuperación practicadas. En este momento se podrá cancelar la nota marginal de declaración de suelo contaminado mediante una certificación expedida por la Administración competente, en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación.

Conclusiones

Si bien es cierto que la aprobación del Real Decreto ha venido a integrar una laguna legal, fuente de inseguridad jurídica, todavía existen cuestiones sin resolver. Las obligaciones de los poseedores de los suelos contaminados, el plazo en el que se debe realizar y presentar la valoración de riesgos o el alcance de la publicidad registral establecida por el Real Decreto constituyen cuestiones que generan dudas interpretativas.

En los próximos años, la Administración tiene una ardua tarea que realizar, al procesar la información que reciba para declarar los suelos contaminados e imponer la obligación de limpiarlos. Por su parte, los administrados, propietarios y poseedores de suelos y titulares de actividades potencialmente contaminantes, tienen que cumplir con las obligaciones impuestas por el Real Decreto 9/2005 y, en caso de que sean requeridos por las Comunidades Autónomas, deberán proceder a realizar las tareas de limpieza y recuperación de los suelos. Las dudas interpretativas apuntadas, así como otras que surgirán en la práctica diaria cobran una especial relevancia al referirse a uno de los principales problemas ambientales que existen en la actualidad en España y del que pueden derivarse importantes consecuencias económicas.

GUILLERMINA YANGUAS MONTERO (*)

LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRUEBA

Introducción

El estado actual de la fase de prueba en los procesos contencioso-administrativos dista mucho de ser satisfactorio. No es aventurado decir que cualquier profesional del Derecho a quien se preguntase sobre esta cuestión compartiría de forma prácticamente unánime esta apreciación, hasta el punto de considerar que se está ante uno de los principales problemas de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El tratamiento del problema puede hacerse desde un doble enfoque. El primero, el destinado a detec-

* Abogada del Departamento de Derecho Inmobiliario, Urbanismo y Medio Ambiente (Grupo de Medioambiente) de Uría & Menéndez (Madrid).

tar sus causas y sus principales manifestaciones. El segundo, el dirigido a aportar algunas recomendaciones que pudieran contribuir a su solución o, al menos, a su mitigación.

El propósito de este comentario es abordar brevemente el análisis de la cuestión desde las perspectivas consideradas. Fundamentalmente, lo que se persigue es contribuir a que se genere la conciencia del problema y, lo que es quizás más importante, de su necesaria solución.

El origen último y el origen inmediato del problema

Posiblemente, el origen último de la falta de atención (normativa y material, como veremos) que sufre la prueba en el procedimiento contencioso-administrativo tenga que ver con la ya superada concepción estrictamente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Concepción que convertía el recurso contencioso-administrativo en una suerte de segunda instancia, que partía de los hechos fijados en el expediente administrativo, que bien podía asimilarse a los autos de la primera instancia.

En este sentido, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“LJCA”) sigue latiendo la idea de que el proceso contencioso-administrativo es sustancialmente un procedimiento de carácter técnico-jurídico, en el que las cuestiones de hecho y, por tanto, probatorias, tienen una importancia relativa, ya que normalmente habrán quedado dilucidadas en el expediente administrativo previo al acto impugnado. Esta concepción, que puede seguir siendo válida en la generalidad de casos, tiene, de hecho, su reflejo en la regulación vigente de la fase de prueba, sobre todo la de los recursos contencioso-administrativos ordinarios, a la que apenas se dedican los artículos 60 y 61 (más el artículo 56.4 respecto de la aportación de documentos y el artículo 78, apartados 10 a 19, para los procedimientos abreviados). La brevedad de la regulación se intenta salvar con una remisión general a las normas del proceso civil en materia probatoria: “*la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil*” (artículo 60.4).

Esta remisión prácticamente en bloque a la regulación de la prueba en el proceso civil no es, por sí sola, necesariamente negativa. Al contrario, una regulación fundamentalmente común a las dos jurisdicciones, con las excepciones que se deriven de las particularidades propias de la contencioso-administrativa, parece lógica. Pero el problema surge, y he aquí la que podríamos calificar como su causa inme-

diata, de que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), la remisión se hace a la regulación propia de un procedimiento que tiene una estructura sensiblemente diferente a la del procedimiento civil de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (“LEC de 1881”), a la que originalmente se remitía la LJCA.

En realidad, la entrada en vigor de la LEC habría exigido una adaptación de la LJCA para poner remedio a esta descoordinación en la remisión contenida en el citado artículo 60.4. No obstante, esa tradicional, e injustificada, desatención por la prueba en el procedimiento contencioso-administrativo ha determinado que, a día de hoy, esa reforma no se haya producido, ni la práctica de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se haya adaptado, desde el punto de vista puramente material, a las exigencias de la nueva LEC. Estas circunstancias se manifiestan, fundamentalmente, en los aspectos que se exponen a continuación.

Principales manifestaciones del problema

Como resulta de cuanto se ha dejado expuesto, el problema que se viene analizando se manifiesta fundamentalmente en dos planos, íntimamente relacionados: el normativo y el material. Algunas de sus principales expresiones, sin ánimo de agotamiento, se analizan a continuación.

Desde el punto de vista normativo: el período de práctica de prueba

El artículo 60.4 de la LJCA dispone que “*la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar*”. Se distinguen, pues, dos fases dentro del período de prueba: la de proposición por escrito y la de práctica de la prueba. La norma, sin embargo, está redactada en referencia a la regulación de la prueba en la LEC de 1881 (donde en el juicio de menor cuantía el plazo era de ocho días para proponer y de veinte días para practicar), pero no está adaptada a la vigente LEC. Con arreglo a la legislación actual, en los procedimientos civiles ordinarios la proposición de prueba tiene lugar de forma oral, en el acto de la audiencia previa (artículo 429 LEC); mientras que la práctica de prueba tiene lugar en el acto del juicio, que tiene por objeto “*la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testimonial, informes orales y contradictorios de los peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos*” (artículo 431 LEC). Tras la práctica de las pruebas,

“las partes formularán oralmente sus conclusiones” (artículo 433.2 LEC) y el pleito quedará visto para sentencia. La práctica enseña, además, que el nuevo régimen legal determina que las sentencias se dicten normalmente poco tiempo después del juicio, lo que además redundaría en favor de la agilidad en la tramitación de los procesos.

El hecho de que la proposición de prueba en los procedimientos contencioso-administrativos no tenga lugar en un acto oral similar a la audiencia previa del juicio civil no parece presentar especiales inconvenientes. Es más, puede incluso considerarse que es una regla que se ajusta más fielmente a la naturaleza y especialidades propias de los procesos ante la jurisdicción contenciosa.

El problema radica, sin embargo, en la fase de práctica de prueba. Dado que, según la LJCA, existen treinta días para practicar las pruebas admitidas, es práctica frecuente que los actos de prueba tengan lugar de forma fragmentada y separada dentro de ese período, en detrimento de los principios de concentración y unidad de acto y, sobre todo, de la eficacia de la prueba. Además, la sentencia se suele normalmente emitir bastante tiempo después de la celebración de las pruebas, lo que igualmente resta eficacia a las pruebas practicadas.

A lo anterior ha de añadirse la escasa importancia que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de los del orden civil, otorgan a la intermediación, de lo que es un claro ejemplo la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004. Esta sentencia interpreta el artículo 60.5 de la LJCA en el sentido de que no existe obligación de que coincida el miembro del Tribunal que hubiese podido presidir la práctica de la prueba con los que compongan la Sala o Sección que ha de sentenciar en la instancia. Este conjunto de circunstancias contribuyen, de hecho, en importante medida a que la prueba siga teniendo una importancia muy relativa en este tipo de procedimientos.

La situación podría solucionarse con cierta facilidad, mediante el establecimiento de un acto procesal similar al del acto del juicio civil, que tuviera por objeto la celebración, en unidad de acto, de las pruebas admitidas que no fueran estrictamente documentales. De manera que inmediatamente después y sin solución de continuidad se pudiera pasar a la fase de conclusiones, que se pueden mantener con la regulación actual (esto es, según las características del caso, mediante la presentación de conclusiones escritas o con la celebración de una vista que, en el

caso examinado, podría incluirse dentro del mismo acto procesal de celebración de las pruebas, de modo similar a lo que ocurre en los procesos civiles).

Ciertos problemas interpretativos como consecuencia de la remisión que la LJCA hace a la LEC en las actuales circunstancias

Por otro lado, el hecho de que el procedimiento ordinario regulado en la vigente LEC tenga una estructura sustancialmente distinta a la del procedimiento contencioso-administrativo ordinario ocasiona ciertas dudas interpretativas en relación con la práctica de las pruebas en los recursos contencioso-administrativos.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, esas dudas se plantean, por ejemplo, en relación con algunos aspectos de la prueba pericial.

Así, el artículo 338 de la LEC dispone que aquellos dictámenes periciales cuya necesidad o conveniencia se ponga de manifiesto en la contestación a la demanda, deberán aportarse, para su traslado a la parte contraria, al menos con cinco días de antelación a la celebración del juicio (o de la vista en los juicios verbales). ¿Cuál es el plazo máximo de presentación de esos dictámenes en el procedimiento contencioso-administrativo cuando no existe el acto del juicio en ese procedimiento?

Algo semejante sucede en relación con la aportación de dictámenes solamente anunciados en la demanda o en la contestación, regulada en el artículo 337 de la LEC. Este precepto prevé que esos dictámenes habrán de aportarse, en todo caso, antes de iniciarse la audiencia previa (o antes de la vista en el caso del verbal), otro trámite procedimental que, como tal, no existe en el procedimiento contencioso-administrativo.

Además, en el artículo 60.6 de la LJCA dice que “en el acto de emisión de la prueba pericial el Juez otorgará, a petición de cualquiera de las partes, un plazo no superior a tres días para que las partes”, cuando lo cierto es que, bajo la vigente LEC, ya no existe como tal un “acto de emisión de la prueba pericial” (contemplado en los artículos 627 y siguientes de la antigua LEC de 1881), ya que la regla general es la aportación de los informes periciales por las partes en sus respectivos escritos expositivos.

Desde el punto de vista material

El principal problema que se detecta en este ámbito es que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (salvo algunas excepciones, como los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administra-

tivo) no disponen todavía de los medios técnicos necesarios para documentar las actuaciones procesales mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido.

El artículo 147 de la LEC, al que se remite el artículo 187 de la misma Ley, dispone que “*las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen*”. La introducción de esta previsión legal fue acompañada de la correspondiente dotación a los órganos de la jurisdicción civil (sobre todo a los Juzgados de Primera Instancia) de los medios necesarios para su cumplimiento. El resultado ha sido, bien puede decirse, satisfactorio, pues ha contribuido significativamente a que las pruebas se practiquen con la deseable agilidad y flexibilidad.

Los órganos de la jurisdicción contenciosa no han experimentado, sin embargo, ese proceso de modernización técnica, pese a que la aplicación supletoria de la LEC determina que en este punto resulten de aplicación a esta jurisdicción las normas generales sobre documentación de las actuaciones orales en vistas y comparecencias. Dicho de otra forma: los Juzgados y Tribunales contenciosos siguen sin tener, en su mayoría, los necesarios sistemas técnicos que permitan la documentación de las actuaciones en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.

La consecuencia es que, en buena medida, las pruebas (sobre todo las declaraciones de partes, testigos y peritos) se siguen practicando de la misma forma que antes de la entrada en vigor de la LEC, es decir, siguiendo el modelo de la LEC de 1881. En la práctica, esa situación determina una forma de celebración de las pruebas demasiado rígida e inflexible, lejana a la espontaneidad y agilidad de los juicios civiles, lo que, además, en muchos casos comporta que no quede adecuadamente reflejado en las actuaciones el contenido de la prueba (a diferencia de lo que ocurre cuando se recoge íntegramente en un soporte técnico adecuado). Incluso en determinados casos dificulta (y a veces hasta impide, de hecho), la práctica de algunos medios probatorios (como, por ejemplo, los de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, contemplados en los artículos 382 y siguientes de la LEC).

Algunas propuestas para la solución del problema

Vistas las principales manifestaciones del problema, sus soluciones pueden también venir en los dos ámbitos que se han analizado.

Desde un punto de vista normativo, es preciso intro-

ducir en la regulación de la prueba en la LJCA las modificaciones correspondientes, dirigidas fundamentalmente a acercar esa regulación a la propia de la jurisdicción civil, con las adaptaciones que sean precisas. Fundamentalmente, el objetivo ha de ser potenciar de manera efectiva y real los principios de concentración, intermediación y unidad de acto, para lo que puede revelarse de especial utilidad la introducción en la jurisdicción contenciosa de un acto similar al juicio de los procedimientos civiles ordinarios.

Desde el plano material, urge también la dotación a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de los necesarios medios técnicos para que se pueda dar cumplimiento a las previsiones de la LEC en cuanto a la constancia de las actuaciones procesales en soportes aptos para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. Habida cuenta de que la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa está integrada por aproximadamente 200 órganos judiciales (frente a los más de 600 de la jurisdicción civil), no parece que la tarea sea inasumible.

Con la introducción de estas medidas, cabe razonablemente esperar que la fase de prueba en los procesos contencioso-administrativos pudiera experimentar una evolución favorable, similar a la producida en los órganos de la jurisdicción civil.

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA Y MARIANO MAGIDE (*)

MERCADO PUBLICITARIO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2004

Los hechos del procedimiento que han dado lugar a la sentencia objeto de este comentario reflejan el actual conflicto que, en torno al mercado publicitario, existe entre el modelo de prensa de pago y el modelo de prensa gratuita. Es bien conocido que el tradicional negocio de prensa de pago se enfrenta a un modelo de negocio distinto, en clara ascensión durante los últimos años, consistente en la entrega gratuita y masiva de diarios de noticias al público que se financia, fundamentalmente, a través de la publicidad.

En este contexto, la entidad demandante Metro News, S.L. acordó con los titulares de determinados quioscos de la ciudad de Barcelona la distribución del diario gratuito Metro Directe. Ante esta situación, varias

* Abogados del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Madrid).

entidades dedicadas a la edición de prensa de pago que distribuían sus diarios igualmente a través de los quioscos de Barcelona (codemandadas) advirtieron, de forma concertada, a los titulares de dichos establecimientos que si continuaban distribuyendo el diario gratuito Metro Directe cesarían en el suministro de los diarios de pago, lo que efectivamente ocurrió con los quioscos que desatendieron dicha advertencia. Metro News interpuso una demanda por competencia desleal contra las codemandadas, entre otras cuestiones, por considerar que la conducta llevada a cabo era contraria a la cláusula general de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”) y a su artículo 15.2, al incurrir en una infracción de la normas de defensa de la competencia. Las codemandadas se opusieron a la demanda y, asimismo, formularon demanda reconventional alegando que la distribución del periódico gratuito Metro Directe era un supuesto de venta con prima prohibido por el artículo 8.2 y de venta a pérdida del artículo 17 de la LCD.

La demanda por competencia desleal interpuesta por Metro News fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia mientras que, por el contrario, las pretensiones de las codemandadas reconvenientes fueron íntegramente desestimadas. La estimación de las pretensiones de la demandante se produjo —aun careciendo el juzgado de competencia objetiva para examinar la infracción de las normas de defensa de la competencia a efectos de su integración en el artículo 15.2 de la LCD— por resultar la conducta denunciada contraria a la cláusula general del artículo 5 de la LCD. Las entidades codemandadas apelaron la sentencia reiterando los motivos de oposición y de reconvenición formulados en la instancia. La Audiencia Provincial confirma íntegramente el fallo dictado en primera instancia pero altera la calificación de los hechos enjuiciados, ya que considera que la conducta denunciada era plenamente subsumible en el apartado 2 del artículo 15 de la LCD.

A continuación se abordará, en primer lugar, los problemas suscitados por el ejercicio de una acción privada fundada en la vulneración de la normativa comunitaria e interna de defensa de la competencia, para examinar, posteriormente, las circunstancias que determinaron la íntegra desestimación de la alzada formulada ante la Audiencia Provincial por parte de las codemandadas.

La aplicación por los tribunales ordinarios de los artículos 81 y 82 del TCE y del artículo 1 de la LDC

En la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que la práctica colusoria ejecutada por

las codemandadas tenía dimensión comunitaria por lo que infringía los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (“TCE”). Siendo éstas unas normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, su enjuiciamiento podía realizarse, desde la perspectiva de la deslealtad competitiva, mediante su integración en el apartado 2 del artículo 15 de la LCD. Además, la Audiencia Provincial señaló que en “último extremo” la conducta enjuiciada era contraria a lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia —la “LDC”— (véase FDº 19 de la sentencia), por lo que, en principio, no parece objetar que la infracción de la normativa interna de defensa de la competencia pudiera integrarse asimismo en el artículo 15.2 de la LCD.

En los términos expuestos, la Audiencia Provincial afronta una cuestión que no ha carecido de interés y controversia tanto en la doctrina como en los tribunales, como es la competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios para conocer y aplicar los tipos previstos en la normativa del derecho *antitrust* en el ámbito de una acción privada. La diferente evolución y desarrollo que ha sufrido el derecho comunitario y el derecho interno de defensa de la competencia recomienda contemplar esta cuestión desde un doble plano jurídico; uno, constituido por el Derecho Comunitario; y otro por el Derecho interno.

La aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE por los órganos jurisdiccionales nacionales

En un primer momento, los tribunales ordinarios mostraron sus reticencias para conocer y aplicar a título principal los artículos 81 y 82 del TCE, al entender su aplicación reservada a la Comisión Europea y al Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) (véase sentencia del TS 30 de diciembre de 1993). En la actualidad, esta doctrina debe considerarse superada, de un lado, por los distintos pronunciamientos judiciales y, de otro lado, por las modificaciones legislativas llevadas a cabo tanto en el ámbito comunitario como interno, y no debería existir controversia alguna en relación con el efecto directo horizontal de dichos preceptos y la competencia de los tribunales ordinarios de los Estados miembros para aplicar la sanción civil de nulidad y sus efectos. Entre los pronunciamientos judiciales que apuntaron en el sentido expuesto, pueden señalarse las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1983 en el asunto *Cimmments et Bétons/Kerpen et Kerpen* y de 20 de septiembre de 2001 en el asunto *Courage Ltd. c. Bernard Crehan* y las

sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000 y de 15 de marzo de 2001. La aprobación del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre, y las distintas Comunicaciones de la Comisión Europea han supuesto un desarrollo positivo claro y decidido por la atribución de competencias a los Tribunales civiles para conocer y aplicar a título principal los artículos 81 y 82 del TCE. Las modificaciones introducidas en la normativa interna han ido dirigidas en idéntica dirección con la inclusión del artículo 86.ter en la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que confiere la competencia para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE a los juzgados de lo mercantil.

La remisión de la normativa comunitaria a la normativa interna de los Estados miembros en cuanto a las acciones privadas que pudieran derivarse de dichos procedimientos es resuelta por la sentencia al integrar la infracción de los artículos 81 y 82 del TCE en el apartado 2 del artículo 15 de la LCD, por lo que, en principio, no existiría impedimento alguno al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 18 de la LCD.

La aplicación del artículo 1 de la LDC por los órganos jurisdiccionales nacionales

En relación con la normativa interna de defensa de la competencia, como es bien sabido, la LDC, por causa de los intereses públicos objeto de protección y al grado de especialización requeridos, encomienda la aplicación de sus preceptos a órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que los intereses en liza no tienen en todas las ocasiones una relevancia pública, como así demuestra la práctica jurisdiccional y la del TDC, sino que también tienen por objeto la salvaguarda de derechos subjetivos de los particulares que operan en el mercado y que deben enfrentarse a las importantes limitaciones para el acceso a los Tribunales ordinarios. En efecto, la LDC contiene distintas disposiciones que limitan y dilatan el conocimiento por los órganos jurisdiccionales ordinarios de las conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y, en particular, el conocimiento de la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 13.2, 25 y la Disposición Transitoria Quinta de la LDC. En cualquier caso, y sin perjuicio de las cuestiones que se derivan del artículo 13.2 y que se expondrán en el apartado siguiente, la atribución de competencias a un órgano administrativo (artículo 25 LDC) y las facultades de revisión del

orden jurisdiccional contencioso-administrativo (Disposición Adicional Quinta de la LDC) no han impedido a los Tribunales ordinarios el conocimiento y aplicación de otros bloques normativos de naturaleza igualmente administrativa. En este sentido, puede apuntarse la integración en el artículo 15 de la LCD de la normativa reguladora de la fijación de los descuentos en libros (por todas, la sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003) o del sector de las telecomunicaciones (sentencia de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 2005). Además, del artículo 25 LDC no se infiere necesariamente que la atribución de competencias al TDC se realice con carácter exclusivo, como por el contrario sí se preveía en la normativa anterior (véase artículo 10 de la ya derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia).

Por lo tanto, y con las salvedades relativas a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, no debiera considerarse que los Tribunales ordinarios carecen de competencia objetiva para conocer de las distintas acciones previstas en la LCD que pudieran ejercitarse con fundamento en la realización de una conducta contraria al artículo 1 de la LDC.

El resarcimiento de los daños y perjuicios por la infracción de la normativa interna y comunitaria del Derecho de Defensa de la Competencia

La LDC en su artículo 13.2 exige como requisito previo para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la infracción de la LDC una previa declaración en vía administrativa del TDC sobre la ilicitud de la conducta por resultar contraria a su artículo 1 y, en su caso, jurisdiccional por parte de la Audiencia Nacional, configurándose de este modo como un requisito de procedibilidad (no obstante, en sentido contrario véase auto de la AP de Madrid 15 de diciembre 2003), que dilata de forma extraordinaria en el tiempo la reparación jurisdiccional del daño.

Por el contrario, ni en la normativa comunitaria ni la normativa interna se exige una declaración previa de ilicitud por la infracción del artículo 81 del TUE por parte de la Comisión Europea o del TDC y, en consecuencia, no debe considerarse como un requisito necesario para el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios. Así, la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por una conducta contraria a la normativa comunitaria de defensa de la competencia parece que pudiera ejercitarse mediante la integración de dicha conducta en el apartado 2 del artículo 15 de la LCD. En este sentido, y aunque la actora no ejercitó la

acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, la Audiencia Provincial de Barcelona no dudó en considerar la conducta enjuiciada como una violación desleal del artículo 81 del TCE.

Distinto escenario deben afrontar los perjudicados por una conducta contraria al artículo 1 de la LDC ya que, aunque pudiera integrarse dicha infracción en el artículo 15.2 LCD, la acción indemnizatoria continuaría sujeta a la previa firmeza de la declaración administrativa de su ilicitud. Frente a esta previsión normativa, los perjudicados podrían acudir al artículo 1902 del Código Civil, en tanto que la acción aquiliana no plantea el problema señalado derivado del requisito de procedibilidad, una vez observada la culpa del infractor y la relación de causalidad con el detrimento patrimonial sufrido. Así, los terceros ajenos a la conducta restrictiva de la competencia (distribuidores, proveedores...), estarían legitimados activamente para el ejercicio de la acción de resarcimiento sin que pudieran, no obstante, obtener la cesación del acto. A este respecto, conviene señalar de forma sucinta la diferente naturaleza de ambas pretensiones, en cuanto que la de resarcimiento exige la concurrencia de culpa y un menoscabo patrimonial mientras que la de cesación no requiere acreditar la negligencia del infractor ni el daño que se produce, o que es susceptible de producirse, en un determinado patrimonio sino en la alteración ilícita de la actividad competitiva.

A pesar de la alternativa consistente en el ejercicio de la acción extracontractual, no exenta de limitaciones, la problemática derivada del artículo 13.2 LDC ha supuesto que importantes sectores de la doctrina hayan señalado la oportunidad de modificar dicho artículo. Y precisamente esta parece ser en la actualidad la postura de la Administración. El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda (20 de enero de 2005) manifiesta la conveniencia de superar los impedimentos y trabas señaladas. Entre otras propuestas, conviene en la necesidad de revisar el artículo 13.2 de la LDC y de dotar expresamente de competencia a los jueces de lo mercantil para aplicar las normas internas relativas a conductas restrictivas de la competencia en el ámbito de la acción privada (i.e., págs. 37-38).

La venta con prima y la venta a pérdida en la entrega gratuita de bienes

En cuanto a la reconvención por competencia desleal, conviene resaltar la incorrecta calificación como desleales de los hechos objeto del procedi-

miento por parte de las Codemandadas. Así, sus pretensiones se fundamentaban en que la distribución del diario gratuito era una venta con prima con fines promocionales y, a su vez, una venta bajo coste o precio de adquisición con el objeto de inducir a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos ofertados en los quioscos, desacreditar la imagen del resto de los agentes económicos y expulsarles del mercado.

Como señala la sentencia, el tipo del apartado 2 del artículo 8 de la LCD ha sido caracterizado a partir de la presencia de dos prestaciones: la promocional y la adicional o prima y, al tratarse en este caso concreto exclusivamente de una sola prestación, la Audiencia Provincial ni siquiera entra a valorar si concurren las circunstancias determinantes de la deslealtad. La doctrina ha sido clara en este punto y ha excluido que la libertad de fijación de precios consagrada en la LCD quede en modo alguno consagrada por el tipo de su artículo 8 negando en todo caso la posibilidad de enjuiciar la venta bajo coste o precio de adquisición como un supuesto de venta con prima por el solo hecho de que el precio reducido (en este caso gratuito) pueda considerarse como una ventaja para los destinatarios de la oferta ni, claro está, que resulte de aplicación la presunción *iuris tantum* del apartado 2 de dicho artículo (en cuanto a las ventas con obsequio ofrecidas en el sector del comercio minorista cfr. artículos 32 y siguientes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista —“LOCM”—).

Tampoco admite la Audiencia Provincial la imputación a Metro News de una conducta desleal de venta a pérdida contraria al artículo 17 de la LCD, y ello tras considerar que no concurren dos de los elementos objetivos exigidos para la aplicación del tipo, toda vez que en el caso considerado no hay “venta”, por constituir la conducta una entrega gratuita del diario Metro Directe, ni se produce “pérdida” alguna, una vez acreditada la rentabilidad del negocio por medio de la inserción de publicidad en el diario. En este sentido, sorprende que las Codemandadas pretendieran argumentar que el carácter gratuito de la oferta constituía *per se* una conducta desleal (en la esfera del comercio minorista cfr. artículo 14 LOCM). La racionalidad económica de la actividad de la actora resultó acreditada y esta constatación dificultó la apreciación de la deslealtad pretendida (en el mismo sentido, sentencias de la AP de Cádiz 12 de junio de 1992 y de La Rioja de 13 de diciembre de 2004). En efecto, el propio Preámbulo de la LCD señala que la tipificación de su artículo 17 responde más a una voluntad de liberalización

de la venta bajo coste o precio de adquisición que a configurar su reproche. Como se ha reiterado en tantas ocasiones por los Tribunales y la doctrina, la LCD no puede utilizarse para calificar como desleales aquellas prácticas concurrenciales incómodas o molestas para el resto de los competidores.

DIEGO SOLANA (*)

PORTUGAL

OS MEDIA E A JUSTIÇA - BREVE REFLEXÃO A PROPÓSITO DE UM “MEGA PROCESSO”

Introdução ao problema

É vasta e conturbada a polémica em torno dos chamados processos mediáticos. Uma polémica que resulta das relações que se estabelecem entre a justiça e a comunicação social, especialmente em causa quando a firmeza e perseverança do tribunal se tornam objecto de permanente ponderação e apreciação públicas, como nestes casos tão comum se tem vindo a tornar.

Se tradicionalmente a cobertura mediática se encontrava reservada aos litígios que, envolvendo figuras públicas, não deixavam o público indiferente —e, por isso, de gerar receitas— a verdade é que, actualmente, os *media* têm vindo a conceder maior relevância àqueles processos que, de natureza cível ou criminal, e em atenção aos interesses atingidos ou a atingir ou aos factos em apreciação, apelam ao interesse e curiosidade do público, revelando-se particularmente polémicos, não só em vista da ressonância pública que por si só assumem, mas também do alarmismo social que a ela se associa.

É o caso dos chamados “mega processos”, a que os *media* dedicam as mais apelativas manchetes jornalísticas, uma realidade que se tem vindo a tornar cada vez mais comum na justiça portuguesa e a que a nossa experiência profissional não ficou indiferente.

Na verdade, a perturbação da justiça, e do normal decorrer de um processo judicial, por parte da comunicação social assume proporções que importa evidenciar, sobretudo porque a tranquilidade e serenidade essenciais aos vários intervenientes pro-

cessuais —e portanto a demandante e demandado ou à defesa e acusação— são consideravelmente postas em causa, nomeadamente quando em questão esteja um processo, que, pela sua singular natureza e consequências, sempre vem assumindo maior e mais premente protagonismo.

Na realidade, neste tipo de processos parece comum a tendência para inverter as posições em jogo. O tribunal, enquanto julga, desde cedo é avaliado pelo público, que, segundo as coordenadas diariamente avançadas pelos meios de comunicação social, aprecia —positiva ou negativamente— a firmeza e afinco judicial.

A esta situação acrescem, ainda, as já tão comuns situações em que a comunicação social não se limita à estrita divulgação de informação —seja esta divulgação legítima ou não—, mas antes se apresenta como uma verdadeira consciência moral do público, que com ele acusa, defende, julga e decide.

Um mega processo mediático - breve notícia

Foi exactamente isso que sucedeu num processo mediático de mega fraude fiscal (até hoje o maior julgado em Portugal) em que representámos uma empresa de grande relevo no respectivo sector económico e em que assumiu especial protagonismo a polémica em torno da responsabilidade penal das pessoas colectivas, amplamente discutida no âmbito do direito penal secundário.

A defesa da empresa arguida revelou-se, muito por causa dos *media*, uma tarefa de dificuldade acrescida, especialmente tendo em conta que a nossa representada foi como que presente a um duplo julgamento: um, em praça pública, em que se presumia culpada e um outro, no próprio Tribunal, em que se presumia inocente —o que, aliás, se veio confirmar através da absolvição em 1ª instância, apesar da condenação que repetidamente os *media* vinham anunciando.

Foi fundamental, por isso, e para bem acautelar os interesses da empresa em causa, adoptar uma linha estratégica de patrocínio e defesa, que forçosamente se teve de ajustar às necessidades de protecção da mesma, fossem elas dentro ou fora da sala de audiências, ou seja, quer no âmbito do tribunal, quer no dos *media*.

Assim, o facto de desde cedo os mais variados órgãos de comunicação social terem dedicado muitas e tendenciosas manchetes e notícias ao processo (saliente-se que o início do julgamento foi notícia

* Abogado del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría & Menéndez (Madrid).