

MARÇ 2016
NÚM. 2

BUTLLETA D'ACTUALITAT JURÍDICA



TAULA DE CONTINGUTS

DRET CIVIL

LAURA FORCE CASTELLS

Sentencia núm. 79/2016, de fecha 18 de febrero de 2016, de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo y Auto de fecha 11 de junio de 2015, de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto c-602/13), sobre intereses moratorios del préstamo hipotecario.

DRET CONCURSAL

SERGI BOHÉ

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

MARIA CLOSA CARNÉ

Sentencia núm. 5/2016, de fecha de 27 de enero de 2016, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo.

DRET PENAL

PAZ VALLÉS CREIXELL

Ley 4/2015 de 28 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

ELISABET MARTÍNEZ ESTRADA

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala de lo Penal.

DAVID MARAVER NAVARRO

Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015.

DRET LABORAL

ANNA GRAU MATE

Real Decreto-legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

ALBERT MIER GIRALT

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 18 de febrero de 2016 sobre el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente.

TAULA DE CONTINGUTS

DRET ADMINISTRATIU

JUAN IRALA TIHISTA

Sentencia núm. 350/2016, de 18 de febrero, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

BEATRIZ ROCA LLAMAS

Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

DRET FISCAL

MARIONA BORRÀS MATA

RESOLUCIÓN de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016.

JORDI BROTONS PARERA

- Decreto 183/2016, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las viviendas vacías.
- Sentencia núm. 4066/ 2014, de 3 de febrero de 2016, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

ALTRES NOVETATS NORMATIVES I JURISPRUDENCIALS RELLEVANTS DEL PRIMER TRIMESTRE DE 2016

SENTENCIA Nº 79/2016, DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SALA 1ª DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y AL AUTO DE FECHA 11 DE JUNIO DE 2015, DE LA SALA SEXTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (ASUNTO C-602/13), SOBRE INTERESES MORATORIOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**INTERESES MORATORIOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

En relación a la aplicación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo establece, conforme a la jurisprudencia del TJUE, que si bien el referido precepto prohíbe que en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual se pacte un tipo de interés moratorio superior al tripe del interés legal, ello no deshabilita al Juez para controlar la abusividad de aquellas cláusulas que, aun no siendo contrarias al precepto en cuestión por respetar el límite máximo establecido, puedan ser consideradas abusivas por imponer al consumidor o usuario una indemnización desproporcionadamente alta.

Por otra parte, y según ha dispuesto el TJUE en su Auto de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13), en caso de declararse abusiva la cláusula relativa a los intereses moratorios, no puede ser directamente aplicable el interés máximo establecido en el artículo 114 LH, es decir, dicho precepto no puede utilizarse como derecho supletorio. En caso contrario, se estaría facultando al Juez nacional para modificar el contenido de la cláusula, con el consecuente riesgo de eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que dichas cláusulas no se apliquen frente a los consumidores.

No obstante, el Tribunal Supremo dispone, en concordancia a lo proclamado por el TJUE en su Sentencia de 21 de enero de 2015, que el Juez nacional, en caso de declarar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, únicamente podrá aplicar supletoriamente la normativa nacional prevista en defecto de estipulación contractual, cuando la declaración de nulidad de la cláusula obligue al juez a anular íntegramente el contrato, lo que implicaría un perjuicio al propio consumidor.

El referido Auto del TJUE, de fecha 11 de junio de 2015, dispone que las normas nacionales podrán regular la facultad de moderar los intereses moratorios, sin incumplir la Directiva 93/13/CEE, siempre y cuando no prejuzguen la apreciación del carácter abusivo de la cláusula por parte el Juez nacional y no impidan que el mismo pueda decidir inaplicar la cláusula en caso de que llegue a la conclusión de que la misma es abusiva.

En el mismo sentido, el citado Auto del TJUE dispone que, en caso de apreciarse el carácter abusivo de los intereses moratorios, el Juez nacional deberá declarar su nulidad absoluta, con independencia de que dicha cláusula haya sido o no aplicada.

Por otra parte, el Tribunal Supremo indica que para determinar la abusividad o no de los intereses moratorios, no solo debe tomarse en consideración el límite del artículo 114 LH, sino también otros criterios, como son la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula. Estos criterios deben valorarse en tanto que el referido precepto no tiene como finalidad servir de pauta al control judicial, sino fijar un criterio para poder realizar, en vía notarial y registral, un control previo del contenido de la cláusula, de tal manera que las condiciones generales que excedan de dicho límite no tengan acceso al documento contractual ni puedan inscribirse.

VENCIMIENTO ANTICIPADO

El Tribunal Supremo, confirmando su Sentencia de Pleno nº 705/2015, de 23 de diciembre, sentando así doctrina reiterada, dispone que la cláusula de vencimiento anticipado es, per se, lícita, por lo que la declaración de abusividad dependerá de los términos en los que la condición prevea el vencimiento anticipado.

Asimismo, el referido Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, dispone que, aún cuando no haya sido aplicada la cláusula de vencimiento anticipado, la misma podrá ser declarada abusiva por el Juez nacional.

Para determinar la procedencia o no de la declaración de abusividad, el Juez nacional deberá valorar, además de que se cumplan las condiciones mínimas del artículo 693.2 LEC, si en el caso concreto el ejercicio de la facultad de vencimiento antici-

LAURA FORCE CASTELLS

Sentencia nº 79/2016, de fecha 18 de febrero de 2016, de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo y al auto de fecha 11 de junio de 2015, de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto c-602/13), sobre intereses moratorios del préstamo hipotecario

pado por parte del acreedor está justificado, debiendo utilizar como criterios la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo, y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

No obstante, el Tribunal Supremo manifiesta que, en caso de considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, sería inadecuado privar a las entidades financieras del procedimiento ejecutivo, ante comportamientos de flagrante morosidad, obligándolas a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual, lo que, además, causaría un grave perjuicio al consumidor, por cuanto el mismo se vería privado de las ventajas que ofrece el procedimiento ejecutivo, como es la facultad de enervar la ejecución, establecida en el artículo 693 LEC, facultad que, además, permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado, con la consecuente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Concluye el Tribunal Supremo que, como se ha expuesto anteriormente, el Juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en los que la declaración de nulidad de la cláusula obligue al Juez a anular el contrato en su totalidad, cerrando así el procedimiento de ejecución hipotecaria, supuesto que, según criterio de dicho Tribunal, concurre en caso de declarar la abusividad del vencimiento anticipado por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, no siendo posible considerar que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea, en todo caso, más favorable al consumidor.

LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL. NOVEDADES SOBRE RESTRUCTURACIONES E INSOLVENCIAS DE PERSONAS FÍSICAS

Mediante la aprobación de la Ley 25/2015 que entró en vigor el pasado 30 de julio se consolida finalmente, con sendas modificaciones introducidas, el Real Decreto-Ley 1/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Se pretende por fin establecer un marco jurídico y económico en el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, atendiendo así a una reivindicación histórica desde sectores sociales, doctrinales, académicos y judiciales que se había visto extremadamente agravada por la crisis económica iniciada en el año 2008.

1. Objetivo: El propósito de la norma es claro; que toda persona física que se encuentre imposibilitada para hacer frente a sus obligaciones ordinarias pueda ver reducidas en todo o en parte sus deudas a través de un proceso de liquidación patrimonial, en su caso, al amparo de la vigente Ley Concursal (en adelante LC), pudiendo acceder en el supuesto de cumplir los requisitos exigidos ex lege a la exoneración de su pasivo insatisfecho.

La reforma pretende poner freno al tratamiento jurídico habido hasta la fecha de su entrada en vigor sobre las insolvencias personales, limitando desde la óptica civilista el principio de responsabilidad universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil así como la eterna condena concursalista del artículo 178.2 LC a seguir quedando responsable de las deudas restantes una vez finalizado el procedimiento concursal, equiparándolo así en cierto modo a los efectos de la conclusión del concurso de personas jurídicas.

2. Legitimación: Puede acogerse a la norma toda persona física, cualquier deudor, sea empresario o no, a excepción de lo establecido en el artículo 231 LC;

- haber sido condenado en sentencia penal firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración del concurso.

- no haber alcanzado en los últimos cinco años un acuerdo extrajudicial de pagos, no haber sido declarado en concurso ni haber homologado judicialmente un acuerdo de refinanciación.

- no estar negociando un acuerdo de refinanciación o haber sido admitida a trámite una solicitud de declaración de concurso.

- tampoco podrán incoar un AEP las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

3. Procedimiento:

3.1. El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP): este proceso extrajudicial ya fue introducido a propósito de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internalización, tratándose de un trámite no judicial de mediación cuyo objetivo principal pretende que el deudor pueda lograr un acuerdo con sus acreedores mediando quitas y esperas limitadas temporal y cuantitativamente, con excepción, una vez más, de los acreedores públicos, así como en principio de los acreedores con garantía real si muestran su conformidad. La reforma se ampara en la institución de la “mediación” a través del nombramiento de un mediador concursal que impulsa el procedimiento previa instancia a Notaría, Registro Mercantil o Cámara de Comercio competente en función del domicilio del deudor y que resulta elegido del listado establecido a tal efecto en el Registro Público Concursal.

Realizada la instancia oportuna, que debe cumplimentar en todo caso el formulario habilitado a tal efecto por el Ministerio de Justicia (Orden JUS/2831/2015 de 17 de diciembre, BOE 29/12/2015), una vez aceptado el cargo por el Mediador Concursal designado y realizado por el mismo el trámite de comprobación que le exige el artículo 234.1 LC, convocará a los acreedores del deudor a una reunión en la que se deliberará la propuesta de AEP, exigiendo para su aprobación la norma una mayoría- del

60 o 75 % de votos a favor según el caso. Esta fase no debería durar más de dos meses y en función del resultado de la reunión y para el caso de no ser aceptada la propuesta- de AEP se procederá instar el Concurso Consecutivo del deudor conforme al artículo 238.3 LC.

3.2. El Concurso Consecutivo: será considerado concurso consecutivo el que sea declarado conforme a los tres supuestos previstos en el artículo 242.1 LC, a saber; a) por imposibilidad de alcanzar un AEP, b) por incumplimiento de un AEP, c) por haber sido declarado nulo el AEP.

Merece la pena mencionar en cuanto a la determinación de la competencia territorial en los concursos consecutivos la modificación introducida por la LO 7/2015, que modifica el artículo 85 de la LOPJ, atribuyendo a los Juzgados de Primera Instancia (en detrimento de la jurisdicción mercantil) la competencia para conocer de los concursos consecutivos de personas naturales no empresarias. La tramitación del concurso en sede judicial reviste sendas particularidades en función de si el deudor es o no es empresario, si el mediador concursal designado en el AEP es designado Administrador Concursal o no, o si el concurso lo insta un acreedor, el mediador concursal o el propio deudor.

4. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho: resulta ser el efecto si el deudor no ha logrado la mayoría suficiente para aprobar un convenio y, si bien se articula como mecanismo excepcional, a nadie se le escapa que es el fin último de la gran mayoría de concursos consecutivos instados. Procederá estimar el beneficio únicamente en los casos en que quede acreditada la buena fe del deudor conforme al artículo 178 bis LC y en el momento procesal oportuno que remite al artículo 152.3 LC, precepto básico de bonis fidei que no coincide estrictamente con la conceptualización tradicional ofrecida por el Código Civil, debiendo el deudor acreditar los presupuestos exigidos en el apartado 3º del mencionado precepto.

De acreditarse la buena fe el Juez dictará resolución en la que concederá la exoneración provisional del pasivo insatisfecho del deudor durante cinco años, que podrá ser revocada a petición de cualquier acreedor concursal si logra acreditar aspectos como el incumplimiento de pago de deudas no exoneradas, el devenir a mayor fortuna del deudor exonerado o lograse constatar la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos.

Transcurridos los cinco años de la exoneración provisional sin ser revocada, el Juez a petición del deudor, acordará conforme al artículo 178 bis 8º LC la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor persona física.

SENTENCIA NÚM. 5/2016, DE FECHA 27 DE ENERO DE 2016, DE LA SALA DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO

La reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de la que ha sido ponente el Magistrado Don Pedro José Vela Torres, se ha ocupado de perfilar los caracteres de la figura del “cómplice” en sede de calificación concursal, que concurre en numerosos casos en los que se declara el concurso como culpable.

El origen del procedimiento trae causa en la propuesta de calificación como culpable realizada por la Administración Concursal, tras constatar que el administrador social de la sociedad concursada había realizado un vaciamiento patrimonial a favor de una tercera sociedad, cuya administradora era su mujer.

Desestimada en primera instancia dicha pretensión, la Audiencia Provincial dictó sentencia en la que declaró culpable el concurso por graves irregularidades contables y por alzarse el deudor con los bienes en perjuicio de los acreedores, resultado la administradora de la tercera sociedad condenada por complicidad.

Ante su disconformidad, la referida administradora interpuso recurso de casación por infracción del artículo 166 de la Ley Concursal, al sostener que la complicidad concursal requiere:

- a) Una conducta de cooperación con el concursado en actos anteriores a la declaración de concurso;
- b) La imputación de cooperación respecto de actos concretos; y
- c) La concurrencia en el cómplice de dolo o culpa grave.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha desestimado íntegramente el recurso de casación interpuesto, al considerar que sí concurren en el presente caso los requisitos del artículo 166 de la Ley Concursal.

La definición legal del cómplice concursal se encuentra en el artículo 166 de la Ley Concursal, el cual califica como cómplices a *“las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*.

Como razonadamente expone el Alto Tribunal en su sentencia, para apreciar complicidad en sede de calificación deben concurrir dos requisitos:

- (i) Cooperación relevante en la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; y
- (ii) Existencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de dicha cooperación.

A su vez, la Sala estima que los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso, puesto que el artículo 166 de la Ley Concursal no contiene limitación temporal alguna. Es decir, los actos de cooperación pueden ser posteriores a la declaración concursal, siempre y cuando los mismos redunden en la agravación de la insolvencia.

Finalmente, insiste el Alto Tribunal que para apreciar dolo o culpa grave de los cómplices es suficiente la concurrencia de una conciencia de perjuicio a los acreedores (*scientia fraudis*), sin que sea exigible otra prueba del elemento subjetivo – que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes –, ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores.

LEY 4/2015 DE 28 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

La novedosa Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entró en vigor el pasado 28 de octubre de 2015, en línea con la normativa europea sobre la materia y demandada por la sociedad, tiene como finalidad ofrecer una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también **social, a las víctimas, ofreciéndoles un reconocimiento de dignidad**, hasta ahora ausente en toda nuestra legislación penal. Dicha aspiración de la Ley, no deja de ser un reto cuya plasmación práctica aún hemos de constatar en los Tribunales. En concreto, habrá que atender a si con esta ley tendremos real y efectivamente un procedimiento que salvaguarde los derechos de las víctimas con el mismo rigor con el que se salvaguardan los de la parte contraria en el procedimiento, ello es el antes imputado, hoy investigado.

De acuerdo con el objeto exclusivamente informativo del presente artículo, en el texto se realiza una descripción eminentemente acrítica de dicha Ley, con el fin de ilustrar a los lectores en relación con las principales novedades e implicaciones que la nueva regulación tendrá en nuestra práctica procesal. Para ello, se realizará una breve síntesis de los principales apartados de la Ley, siguiendo para ello el mismo orden de la citada norma.

El contenido y estructura de la Ley son bastante sencillos, iniciándose mediante un Título preliminar que establece un concepto de víctima, **que se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito, reconociéndose también la condición de víctima indirecta como familiares o asimilados**. También se recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, destacándose el derecho a la información, protección y apoyo en todo caso, el derecho a participar activamente en el proceso penal, derecho al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

El **Título Primero** se ocupa de exponer una serie de derechos extraprocerales. De entre ellos, el que puede crear más controversia es el **derecho de la víctima a poder hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en la celebración de todas las diligencias y trato con las autoridades**. También se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Específicamente, se regula el derecho de la víctima a obtener copia de la denuncia, así como a su traducción gratuita en caso de ser extranjera, **a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal**.

El **Título Segundo** comprende los derechos de las víctimas en relación a su **participación en el proceso penal**, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso. Se regula la **intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena**, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, se trata de ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de dichos delitos, **aunque la víctima no esté comparecida en el procedimiento como tal**.

Además, este Título hace mención por primera vez en nuestra Legislación a la **Justicia Restaurativa**, orientada a la **reparación moral de las víctimas**, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de éstas el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de Justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio. Quizá lo más novedoso de este estatuto sea precisamente este concepto de justicia penal restaurativa, yendo un paso delante del concepto de justicia penal retributiva o reeducadora. La **Justicia entendida en su dimensión restaurativa se orienta a restaurar el daño causado a las víctimas, instaurando este nuevo concepto ya implantado en países de nuestro entorno (principalmente el angloamericano) y que ofrece una respuesta al reclamo social del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, con fines reparativos, y no solo económicos o penales, sino morales y psicológicos**.

En el **Título Tercero** se regulan las cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas y las específicas **medidas de protección para determinados tipos de víctimas, que buscan eficacia frente a la victimización secundaria y daños psíquicos durante las declaraciones como testigo**, que incluyen medidas de protección física y novedosamente el uso de salas separadas en los Tribunales para evitar contacto de víctima y acusado, así como cualquier otra medida que bajo discrecionalidad del juez se considere necesaria..

Para finalizar, el **Título Cuarto** recoge una serie de disposiciones comunes relativas al funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito. También concreta **medidas orientadas a fomentar la formación de los operadores jurídicos y del personal al servicio de la Administración de Justicia en su trato con las víctimas**, así como a impulsar la autorregulación por parte de los **medios de comunicación en el tratamiento de la información que afecte a la dignidad de las víctimas**. . **Por último, se regula la obligación de reembolso en el caso de las víctimas fraudulentas, condenadas por simulación de delito o denuncia falsa**, que hayan ocasionado gastos a la Administración por su reconocimiento, información, protección y apoyo.

A modo de conclusión, cabe destacar una idea que actúa como hilo conductor de todas las medidas explicadas anteriormente. A saber, que **hasta ahora las víctimas no tenían ningún protagonismo en el procedimiento penal**. Las directrices provenientes de la Unión Europea y la generalización de nuevas formas de entender la Justicia, como lo es ésta en su dimensión restaurativa, **han terminado por materializarse en esta nueva Ley que en muchas de sus disposiciones está llamada a modificar importantes aspectos de nuestro proceso penal**. Y ello, de un modo especialmente visible: **evitando que en los pasillos de los Juzgados se perciba como una víctima es tratada igual que un testigo o un perito, sin conocer la condena impuesta de su agresor si no estaba comparecida en el procedimiento**. No en vano, el preámbulo de la Ley indica que partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, en su defensa moral y material, se defenderá también el conjunto de derechos de nuestra sociedad. Lo cual es, cuanto menos, positivo.

SENTENCIA NÚMERO 154/2016, DE FECHA 29 DE FEBRERO, DICTADA POR LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El pasado 29 de febrero, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó una Sentencia por la que profundiza en el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad introducida con la reforma del Código Penal de 2010, y por primera vez, ha apreciado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, confirmando las condenas impuestas por la Audiencia Nacional a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública.

Así, se hace el primer estudio sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y pone de relieve que la absoluta carencia de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos (Planes de Prevención Penal) impide al Tribunal poder aplicarle eximentes ni atenuantes de la responsabilidad penal, motivo por el que finalmente confirma la condena.

Al respecto, se analizan los dos requisitos que se disponen en el artículo 31 bis del Código Penal para poder determinar la responsabilidad de una persona jurídica. En primer lugar, se requiere la comisión de uno de los delitos que forman parte del catálogo de infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal y, en segundo lugar, el ilícito deberá cometerse por una persona física integrante de la empresa.

Precisa la Sentencia que para poder apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de acreditarse la comisión del delito por una persona física que sea parte de la persona jurídica, deberá acreditarse que la empresa haya incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos, es decir, que la ausencia del debido control es un elemento del tipo objetivo.

Concreta que corresponde a las acusaciones la acreditación de la inexistencia de esas medidas de vigilancia y control y es a la persona jurídica que pretenda le sean apreciadas las circunstancias atenuantes o eximentes, la que debe acreditar la realización de esas medidas de control configuradoras de los planes de prevención penal.

“La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquélla, ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas jurídicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos.”

La Sentencia cuenta con el voto particular del Magistrado Don Cándido Conde-Pumpido Touron, al que se adhirieron 6 Magistrados más de los que formaron el Pleno, quienes, si bien comparten el fallo de la Sentencia, discrepan de parte de la doctrina que en la misma se recoge. Consideran que, en el caso de las personas jurídicas, se alteran las reglas probatorias aplicables con carácter general para la apreciación de circunstancias eximentes, estableciendo que sean las acusaciones quienes acrediten el hecho negativo de la no concurrencia de instrumentos eficaces para la prevención de delitos, manifestando que *“no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria”, sino que corresponde a la persona jurídica alegar la concurrencia de dichos instrumentos, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de los mismos.”*

En definitiva, se deja claro que lo que determinará la responsabilidad penal de una persona jurídica en el caso de la comisión por éste de un ilícito penal, será la ausencia de medios de control y vigilancia destinados a evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa. Por este motivo, las personas jurídicas que pretendan garantizar una ausencia de responsabilidad penal en su actuar empresarial, deberán estar dotadas de medios de control y vigilancia que traten de evitar la comisión de posibles delitos en el ámbito de su actividad empresarial.

El pasado 22 de enero de 2016 la Fiscalía General del Estado publicó su Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica nº 1/2015 de 30 de marzo.

CIRCULAR 1/2016, DE FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

La misma pretende unificar los criterios de actuación de los Sres. Fiscales y, atiende a la necesidad de dar respuesta a las dudas interpretativas que puedan suscitar las modificaciones introducidas en el art. 31 bis del código penal y, en especial las que se creen por la incorporación de la regulación de los modelos de organización y gestión como medio de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Se trata de un documento relevante para comprender la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, de los modelos de compliance a la vista de la inexistencia de una jurisprudencia consolidada en la materia.

Los aspectos más relevantes de esta circular son:

I.- Concluye que el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es por transferencia o vicarial.

En este sentido se exige que se acredite la comisión de un delito por parte de las personas físicas previstas en las letras a) o b) del apartado 1 del art. 31.bis CP, para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica.

No obstante, Fiscalía General del Estado matiza este modelo de responsabilidad empresarial y reconoce cierta autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica en tanto que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física y existe un supuesto de exención penal para la misma.

II.- Se amplía el círculo de sujetos que pueden transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del art. 31 bis 1.

En este sentido se incluyen, además de los administradores o representantes legales de la sociedad, todas aquellas personas pertenecientes a los órganos sociales con capacidad de tomar decisiones, mandos intermedios, apoderados singulares y en definitiva todas aquellas personas que tienen atribuidas por delegación facultades de organización y control dentro de la sociedad, entre las que se encuentra el oficial de cumplimiento.

III.- Entiende que la exigencia de un beneficio directo o indirecto para la sociedad viene a zanjar las dudas interpretativas que suscitaba la anterior regulación de "en su provecho".

Se extiende la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como permite incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales, tanto si dichos beneficios se han llegado a producir o no, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la sociedad.

IV.- Incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis.

La circular concluye que con la nueva regulación hay una clara disminución de la intervención punitiva al incluir el adverbio gravemente y, permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad de los deberes de supervisión, vigilancia y control que deberán ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil.

Sin embargo, dicha exigencia también determina que al tratarse de un incumplimiento grave, junto a la persona jurídica, el omitente del control pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente. Ello permitiría la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica simultáneamente por las dos vías de atribución de la letra a) y b) del apartado 1 del art. 31 bis.

Así establece la circular que en los casos de concurrencia los Sres. Fiscales dirigirán la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro.

V.- El régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica.

Por último, en su apartado 5º, la Circular entra a valorar la principal novedad de la reforma, los modelos de organización y gestión y, su eficacia a efectos de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, quizás la parte más relevante de la Circular al tratarse de la principal novedad introducida por la Ley Orgánica 1/2015.

La Circular hace hincapié en la necesidad de promover una verdadera cultura ética empresarial, rechazando los programas de Compliance puramente estéticos articulados con el único objetivo de evitar la responsabilidad penal y, señala que "la empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no sólo con ella". De esta manera la circular entiende que los modelos de organización y gestión deben estar adaptados a la empresa, a su naturaleza, tamaño y a sus concretos riesgos y, han de ser claros precisos y eficaces.

Merece la pena mencionar el rechazo por parte de Fiscalía General del Estado al principio de seguridad absoluta de los modelos de Compliance, al manifestar que "la comisión de un delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implantado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta".

En relación al oficial de cumplimiento, la Circular destaca la necesidad de que actúe de forma independiente y este dotado de autonomía, por lo que han de preverse mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que se pudiera ocasionar. Respecto a su posición en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica, como ya se ha mencionado en el apartado II, habrá de ser considerado como una de las personas previstas en la letra a) del apartado 31 bis, al ostentar facultades de control dentro de la misma.

Por último la Circular establece **nueve criterios para valorar la eficacia del modelo a fin de eximir de responsabilidad a la persona jurídica**, que se resumen en:

- 1.- La implementación de un modelo de organización y gestión no debe interpretarse como un salvoconducto automático de la responsabilidad penal.
- 2.- Su objetivo es fomentar una cultura ética corporativa, que se plasme en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados.
- 3.- Las certificaciones de idoneidad son un elemento más de prueba, pero no acredita la eficacia del programa.
- 4.- El comportamiento e implicación del Consejo de Administración y directivos es el elemento clave para trasladar la cultura de cumplimiento y, del mismo se valorará por los Sres. Fiscales si el programa es o no eficaz.
- 5.- Los niveles de exigencia deben ser más elevados en aquellos supuestos en que la conducta criminal redunde directamente en un beneficio para la empresa que en los supuestos de beneficio secundario o meramente tangencial.
- 6.- El descubrimiento y denuncia de las conductas delictivas por parte de la persona jurídica evidencia tanto la eficacia del modelo como la cultura de cumplimiento.
- 7.- La comisión del delito no denota necesariamente la ineficacia del modelo.
- 8.- Habrá de valorarse el comportamiento de la corporación en ocasiones anteriores, la firmeza en la respuesta y la intolerancia de conductas no éticas.
- 9.- Las medidas adoptadas por la organización con posterioridad a la comisión del delito, que denoten el compromiso ético de la sociedad.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. CONTENIDO Y NOVEDADES

El pasado día 23 de octubre de 2015, el Gobierno aprobó el nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que a pesar de que mantiene íntegramente la estructura y los artículos vigentes hasta ahora, modifica las disposiciones finales, suprimiendo gran parte de las mismas. La Norma entró en vigor el 13 de noviembre de 2015.

Contenido más relevante:

1. En el artículo 2º, además de sustituir la expresión “trabajadores minusválidos” por la de “trabajadores con discapacidad”. Se actualiza el contenido de la relación laboral de los estibadores portuarios que queda redactada como sigue: “La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de entidades de puesta a disposición de trabajadores a las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, siempre y cuando dichas entidades desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario”. Igualmente, se incorporan expresamente tres colectivos a las relaciones laborales de carácter especial incluidas en el Régimen General:

- Los menores sometidos a medidas de internamiento para cumplir su responsabilidad penal
- La residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud
- Los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

2. Se modifica el apartado 2 del artículo 6º, indicando que los menores de dieciocho años no podrán realizar aquellas actividades o puestos de trabajo respecto de los que se establezcan limitaciones conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

3. Se da una nueva redacción al artículo 8, relativo a la forma del contrato, redistribuyendo el mismo contenido e incluyendo la obligación empresarial de comunicar a la oficina de empleo los contratos celebrados y sus prórrogas, que en el Real Decreto 1/1995, se encontraba en el artículo 16. Asimismo, se añade el sometimiento a la normativa de protección de datos, del tratamiento de la información facilitada en la copia básica del contrato.

4. El artículo 11, en relación a los contratos de trabajo en prácticas, adapta la articulación del sistema de clasificación profesional mediante grupos profesionales dada por la reforma laboral, de forma que con la nueva norma los convenios colectivos sectoriales podrán determinar los puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato. Igualmente, este artículo incluye para todos los contratos formativos, como causa de interrupción del cómputo de duración del contrato de trabajo, la guarda con fines de adopción.

5. Se modifica el contenido del artículo 16, que deja de contener la regulación relativa al Ingreso al trabajo, pasando a regular el contrato fijo discontinuo, anteriormente incluido en el artículo 15.

6. Se modifica la denominación del artículo 19, que pasa de ser “Seguridad e higiene” a “Seguridad y Salud en el trabajo”.

7. El artículo 29, que contiene la liquidación y pago del salario, modifica la denominación de talón por la de “cheque”.

8. El artículo 37 del nuevo Estatuto de los Trabajadores añade que tendrá consideración de permiso retribuido, las ausencias del trabajador a su puesto de trabajo, por el tiempo indispensable, en los casos de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad.

9. La nueva redacción del artículo 45 suprime las referencias al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

10. El contenido del artículo 48 bis, que regulaba la suspensión del contrato por paternidad, queda incorporado en el nuevo artículo 48.

11. En la anterior redacción, la Sección 5ª estaba dedicada al “Pago por el Estado”; sin embargo, en esta nueva redacción se dedica al “Procedimiento Concursal”.

12. En el artículo 60 de la nueva redacción del ET, relativa a la prescripción de faltas y sanciones, se elimina la referencia a los períodos concretos, y se remite a la prescripción establecida en la Ley 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Respecto de las disposiciones adicionales, transitorias y finales, se procede a resumir mediante cuadro comparativo, debido a la modificación que ha sufrido en cuanto al orden, a pesar que no tanto respecto a su contenido.

Materia	Artículo		Observaciones
	RD-I 2/2015	RD-I 1/1995	
Trabajo por cuenta propia	DA 1ª	DF 1ª	La DA 1ª del texto anterior contenía el "Fomento del Empleo de la contratación indefinida de los contratos en prácticas y de aprendizaje", que fue derogada por la Ley 63/1997.
Contratos para la formación y el aprendizaje	DA 2ª.	DA 19ª	Anteriormente la DA 2ª regulaba los contratos formativos celebrados con trabajadores minusválidos". El nuevo ET suprime el apartado 1º de la anterior redacción, y se añade el apartado 2º relativo a la acción protectora.
Negociación colectiva y contrato fijo de obra	DA 3ª	-	Anteriormente, la Da 3ª regulaba los Programas de Fomento del Empleo, derogada por la Ley 63/1997. En su redacción actual establece que lo dispuesto en los artículos 15.1ª) y 5 y 49.1c) ET se entiende sin perjuicio de lo que de lo que pueda establecer la negociación colectiva respecto a este tipo de contrato.
Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos	DA 9ª.	Df 2ª	En el texto refundido anterior, la DA 9ª contenía los "Anticipos reintegrables" La redacción actual especifica que la Comisión depende de la Dirección General de Empleo, y se añaden los apartados 4 y 5, que señalan, respectivamente, que la Dirección General de Empleo reforzará a la Comisión en sus actuaciones, y que en caso de ausencia de un órgano equivalente a la Comisión en las CCAA, ésta actuará en su lugar hasta que no se constituya aquél.
Acreditación de la capacidad representativa de las organizaciones sindicales	DA 11ª	DA 11ª	Se incluye el término "de las organizaciones sindicales"
Contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta ley	DT 1ª.	DD.TT. 2ª y 3ª	Se aplicaran las normas aplicables en el momento de la celebración de los contratos, salvo que se hubiere establecido otra cosa legalmente.
Contratos para la formación y el aprendizaje	DT 2ª		Permite la contratación de trabajadores de hasta 30 años con contratos para la formación y el aprendizaje hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%. El punto 2 señala que a partir del 31.08.2011, las referencias que cualquier disposición legal o pactada realice a los contratos para la formación deberá entenderse hecha a los contratos para la formación y el aprendizaje.

Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo y edad de jubilación	DT 3ª		Se aplicarán las edades previstas en la LGSS.
Negociación colectiva y modalidades contractuales	DT 4ª		Lo previsto en el art. 15.1 ET se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios colectivos sectoriales vigentes a 19.09.2010 sobre la duración máxima de los contratos por obra o Servicio.
Limitación del encadenamiento de modalidades contractuales	DT 5ª		Se esclarecen los periodos en los que se aplicará la normativa relativa a la concatenación de contratos.
Horas complementarias	DT 6ª		Continuará siendo de aplicación lo pactado con anterioridad al 22.12.2013 en los contratos vigentes en dicha fecha.
Duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre	DT 7ª		Refiere que la duración del permiso por paternidad será de 13 días, en tanto no entre en vigor su ampliación y de 20 días cuando el hecho causante se produzca en una familia numerosa, ampliable en 2 días más por cada hijo a partir del 2º.
Indemnización por finalización de contrato temporal	DT 8ª		Incluye el número de días de indemnización por finalización de contratos temporales de 8 a 12.
Normas transitorias en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación	DT 9ª		Clarifica la aplicación de la DA 10ª.
Régimen aplicable a los ERE's iniciados conforme a la normativa anterior	DT 10ª		Los ERE's se regirán por la normativa vigente en el momento de su tramitación.
Indemnizaciones por despido improcedente	DT 11ª		La indemnización por despido improcedente para los contratos formalizados con anterioridad al 12.02.2012, se calculará a razón de 45 días por año hasta dicha fecha y a razón de 33 días por año a partir de la misma. En todo caso, el límite será de 720 días, salvo que con la indemnización anterior a dicha fecha se supere dicho límite, en cuyo caso operará éste como máximo indemnizatorio, sin que pueda superar las 42 mensualidades.
Salarios de tramitación	DT 12ª		El artículo 56.5 será de aplicación a los expedientes de reclamación al Estado en los que no hubiera recaído sentencia firme.
Título competencial	DF 1ª	-	La ley se dicta en base al art. 149.1.7ª CE.
Desarrollo reglamentario	DF 2ª	DD.FF. 3ª y 5ª	

SENTENCIA NÚM. 3257/2014, DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SALA DE LO SOCIAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO

Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su Sentencia de 18 de febrero de 2016 sobre el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente en aquellos contratos celebrados con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012 -con anterioridad al 12 de febrero de 2012- y extinguidos con posterioridad a dicha fecha.

Dicha STS de 18 de febrero de 2016 viene a interpretar y a determinar el alcance de la Disposición Transitoria 11ª del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El propio TS ya tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el mismo tema en la STS de 29 de septiembre de 2014 (ahora sin efecto), pronunciamiento que encareció el despido debido a la interpretación que en ella se hizo de la DT 11ª ET.

Con respecto a dicho cálculo indemnizatorio, la DT 11ª ET establece unos límites para aquellos contratos celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 y extinguidos con posterioridad a dicha fecha:

“[...] El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.”

La redacción de la DT 11ª ET da lugar a distintas interpretaciones. El pronunciamiento de STS 29 de septiembre de 2014 venía a determinar que, una vez superado el límite de los 720 días indemnizatorios, los trabajadores con antigüedad anterior a 12 de febrero de 2012 podrían seguir acumulando indemnización después de esa fecha (por el periodo trabajado con posterioridad a esa fecha) hasta alcanzar el tope de las 42 mensualidades. Con lo cual, algunos trabajadores podrían llegar a percibir una indemnización superior a los dos años que se fijó en la Reforma Laboral.

Por el contrario, la reciente STS de 18 de febrero de 2016 rectifica dicha interpretación y determina que, una vez superado el límite de los 720 días indemnizatorios en el periodo trabajado antes del 12 de febrero de 2012, no pueden acumularse más días con lo que el límite para dicha indemnización quedaba fijado en los días resultantes por el periodo trabajado anterior a la reforma. Es decir, que la única manera de alcanzar el segundo límite (42 mensualidades) es que la indemnización que corresponda al trabajador por el periodo trabajado con anterioridad al 12 de febrero de 2012 sea igual o superior a al mismo ya que, una vez superados los 720 días indemnizatorios en el periodo anterior al 12 de febrero de 2012, el tiempo trabajado con posterioridad a dicha fecha es, en palabras del propio Tribunal Supremo, “inhábil para acrecentar la cuantía fijada”.

SENTENCIA NÚM. 350/2016, DE 18 DE FEBRERO, DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado Sentencia núm. 350/2016, de 18 de febrero, por la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la actora frente al Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015, que desestimó la reclamación económica fundamentada en la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por el incumplimiento del Derecho Europeo, declarada por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de febrero de 2014 (C-82/12, asunto Transportes Jordi Besora).

Las razones por las que el Acuerdo denegaba la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador eran, por un lado la inexistencia de nexo causal y, por otro, que la vulneración del Derecho de la Unión Europea no se configuraba como una “violación suficientemente caracterizada”.

Centrado así el debate, el Tribunal Supremo a efectos de dilucidar acerca de si existe o no esa “violación suficientemente caracterizada”, entiende que deben examinarse tres requisitos:

1. El contraste entre lo dispuesto por la norma infractora y por la norma infringida.

Si bien la Directiva 92/12/CEE, habilita a los Estados miembros para crear impuestos especiales sobre los productos a que se refiere su artículo 3.1, estos deben cumplir con las exigencias que se establecen en el 3.2, entre ellas, que dichos nuevos impuestos indirectos deben tener una “finalidad específica”. El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos quedaba afectado en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. Asimismo, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos pueden dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deben orientarse por idéntico tipo de criterios.

Por su parte, la STJUE de 27 de febrero de 2014, estableció respecto de esa “finalidad específica” que no basta que su finalidad u objeto esté simplemente “predeterminado” para atender una concreta competencia sectorial asumida, como es la sanidad. Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo “Es necesario, en definitiva, que el destino al que se afecten los rendimientos del impuesto favorezca la consecución de una finalidad no presupuestaria del impuesto, que es la reducción de esos costes sociales relacionados con el consumo de hidrocarburos”.

2. La jurisprudencia de aplicación al caso.

El TJUE ya se había pronunciado acerca del alcance del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, en dos ocasiones. En este sentido, STJUE de 24 de febrero de 2000 y STJUE de 9 de marzo de 2000, de modo que, como señala el Tribunal Supremo, en 2002 año de creación del Impuesto, resultaba indiscutible que esa “finalidad específica” era incompatible con una finalidad presupuestaria.

Concluye el Tribunal Supremo que, al tiempo de la creación del Impuesto, concurría el pertinente grado o nivel de claridad y precisión de la norma vulnerada, para calificar la vulneración como suficientemente caracterizada.

3. Las circunstancias inmediatamente anteriores y posteriores a la creación del controvertido Impuesto.

Continúa el Tribunal Supremo analizando la suficiencia de la caracterización de la violación con las circunstancias que rodearon la creación del Impuesto y, en este sentido, respecto de las que rodearon la implantación del Impuesto, establece que las razones de creación del mismo derivan de una finalidad netamente presupuestaria “como era la necesidad de establecer un nuevo sistema de financiación que se establecía mediante el citado Acuerdo de 2/2001, y que se nutría de tributos cedidos a las Comunidades Autónomas para asumir nuevas competencias”.

Analiza la Sentencia del Tribunal Supremo las circunstancias durante la vigencia del Impuesto y concluye que las autoridades españolas conocían la posición de la Comisión durante la vigencia del Impuesto y ello, por cuanto, la Comisión Europea en el seno de un

procedimiento de infracción (nº 2315/2002), mediante Dictamen de 6 de mayo de 2008, concluía que “el Reino de España no ha respetado las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE, al recaudar el IVMDH”.

En conclusión, el Tribunal Supremo entiende que la violación del Derecho comunitario tenía el grado de claridad suficiente para ser considerada como suficientemente caracterizada, por lo que se cumple con uno de los presupuestos necesarios para la determinación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

Por lo que respecta a la relación de causalidad, desestima el Tribunal Supremo los motivos aducidos por el acto impugnado en base a las siguientes consideraciones:

a. “La relación de causalidad es directa porque la parte recurrente ha sufrido un daño de carácter económico, que es antijurídico porque no tiene el deber de soportar, derivado de una actuación de los poderes públicos, que se concreta en la aplicación de una norma legal contraria al Derecho de la Unión Europea.

b. La responsabilidad es exclusiva del Estado Legislador, puesto que el daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Establece el Tribunal Supremo que “No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuicamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación”.

Por último, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, materia analizada en el presente estudio al hilo de la Sentencia núm. 350/2016, de 18 de febrero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el Tribunal analiza la exclusión de ejercicios que han devenido firmes tanto si fueron impugnados como si ha prescrito el derecho a devolución de ingresos indebidos. En este sentido, entiende el Tribunal que entre la impugnación de liquidaciones tributarias y la impugnación de la denegación de la reclamación por responsabilidad media una diferencia esencial. “Al no existir identidad entre los bienes jurídicos cuya protección se solicita ya que el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados, a juicio de recurrente, de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar” (Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre de 2010 –recurso contencioso administrativo nº 653/2009).

Por último, debe advertirse que la Sentencia contiene un voto particular que discrepando del voto mayoritario entiende que en el supuesto enjuiciado no concurre esa violación suficientemente caracterizada.

GUÍA PRÁCTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En fecha 3 de febrero de 2016, ha sido publicada una Guía realizada por la Comisión Europea, sobre “cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos”, cuyo objetivo es proporcionar orientaciones a los funcionarios que participen en la gestión de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos para procedimientos de contratación pública, y constituye un instrumento útil por cuanto recoge los ámbitos en que se producen errores con más frecuencia, dando así consejos prácticos sobre cómo evitarlos y como tratar cada situación. Además, el documento también enumera buenas prácticas, ejemplos reales, explicaciones sobre temas específicos, estudios de casos, y plantillas.

Por una parte, la guía, se estructura en torno a seis fases de un proceso de contratación pública, y por otra parte, un conjunto de herramientas, desde la número 1 a la número 10, con documentos de referencia en los que se abordan temas específicos en mayor profundidad y se ofrecen ejemplos de buenas prácticas sobre lo que se debe hacer o no, durante el proceso de contratación.

En relación a las fases del procedimiento de contratación, podemos hacer especial referencia a la **Fase de adjudicación del contrato**, donde la referida guía, establece las siguientes cuestiones a tener en consideración:

En primer lugar, la adjudicación debe hacerse en un plazo de 48 horas tras la firma del contrato, y el poder adjudicador deberá enviar un anuncio de adjudicación del contrato al DOUE para su publicación (incluso aunque no haya habido ninguna respuesta al anuncio del DOUE).

No obstante, dicho plazo de 48 horas deberá hacerse tras el plazo suspensivo, y suponiendo que no se haya presentado ninguna reclamación. Este plazo suspensivo es un plazo de suspensión para la revisión de las decisiones de adjudicación de contratos adoptada por los poderes adjudicadores., en el que los mismos enviarán cartas a los candidatos conocidas como «cartas suspensivas», por medio de las cuales se informará a los candidatos de la decisión adoptada y se indicará claramente el plazo suspensivo exacto.

El poder adjudicador podrá decidir en cualquier momento cancelar un procedimiento de licitación si se encuentra justificado. En este caso, la decisión de cancelación se notificará a todos los licitadores. Una buena práctica en este sentido consiste en incluir en el anuncio la información sobre el calendario para volver a licitar.

Por último debe hacerse mención especial a los errores comunes en esta fase de adjudicación del contrato. En concreto, la guía hace referencia a un error que implica corrección financiera en esta fase. Se trata de que el Poder Adjudicador negocie con el adjudicatario el alcance del contrato llegando a un consenso sobre la ampliación o reducción del mismo y el precio del contrato publicado. Habida cuenta que estos elementos, pueden verse incluidos entre los elementos esenciales de la adjudicación del contrato, resulta necesario por tanto, realizar un análisis de cada caso para determinar qué se considera un elemento esencial.

Este tipo de práctica que implica la modificación de la naturaleza del contrato publicado está prohibida, pues impide que los demás licitadores tengan la oportunidad de presentar una oferta para el contrato «modificado», por lo que, si el poder adjudicador detecta antes de firmar el mismo que es necesario volver a determinar su alcance, deberá cancelar el procedimiento de licitación y volver a licitar.

Al igual que la fase de adjudicación del contrato, en la guía se encuentran detalladas todas y cada una de las fases del procedimiento, con el propósito de ayudar de manera práctica a los responsables de contrataciones a evitar errores y las correcciones financieras.

Sin embargo, este documento es de carácter “orientativo”, no se trata de un manual de instrucciones sobre cómo cumplir las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, como tampoco constituye una interpretación legal definitiva de la legislación de la UE.

MARIONA BORRÀS MATA

Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del plan anual de control tributario y aduanero de 2016.

RESOLUCIÓN DE 22 DE FEBRERO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS DIRECTRICES GENERALES DEL PLAN ANUAL DE CONTROL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE 2016

Tal y como se extrae de la mencionada resolución, los pilares básicos del Plan de Control Tributario para 2016 será la lucha contra la economía sumergida y la investigación de los patrimonios y rentas que puedan estar ocultos en el exterior.

Asimismo, serán líneas esenciales del plan las actuaciones de control la planificación fiscal internacional y el comercio electrónico, aéreas en los cuales se contará con un refuerzo tecnológico y una mayor fuente de información.

De igual forma, la lucha contra el fraude en el área de recaudación se verá también reforzada con una estrategia centrada en la extensión de las actuaciones de gestión de cobro de la deuda pendiente.

Control sobre la economía sumergida

En concreto, se reforzarán las actuaciones selectivas coordinadas a nivel nacional para detectar actividad oculta mediante el uso de "software" específico así como actuaciones presenciales dirigidas al análisis de la facturación y los medios de pago en efectivo.

Investigación de patrimonios en el exterior

En previsión de la información relevante irá estando disponible (Modelo 720, información recibida de forma espontánea desde otros Estados miembros de la UE), la Agencia tributaria ha creado nuevas herramientas informáticas que permitirán una reordenación y mejor tratamiento y explotación de esta información.

Esquemas de tributación internacional

A su vez, se mantienen las tradicionales líneas básicas de actuación tales como la utilización de instrumentos 'híbridos' (con distinto trato tributario en España y en un país tercero), la detección de establecimientos permanentes o el análisis de precios de transferencia. También gozará de especial importancia la información que sea aportada por las empresas en el marco del Código de Buenas Prácticas Tributarias en aspectos tales como su grado de presencia en paraísos fiscales o el grado de congruencia de sus decisiones fiscales con los principios del paquete BEPS (Erosión de Bases y Traslado de Beneficios) de la OCDE.

Fraude en internet

En relación con la economía digital, se realizarán protocolos de actuación tanto en empresas que realizan comercio electrónico, como en aquellas que alojan sus datos en la nube, y se efectuarán comprobaciones de la tributación de negocios que operan a través de la red.

Gestión recaudatoria

En éste área, se desarrollará la gestión de la deuda pendiente de cobro sobre un mayor número de contribuyentes, impulsando las derivaciones de responsabilidad y, en su caso, las acciones judiciales oportunas para combatir las operaciones de vaciamiento patrimonial de especial calado y los supuestos de insolvencia punible.

DECRETO 183/2016, DE 16 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS

Durante el ejercicio 2015, se aprobó en Cataluña el Impuesto sobre las viviendas vacías. Este Impuesto se encuentra regulado en la Ley 14/2015, de 21 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012, y ha sido desarrollado recientemente a través del **Decreto 183/2016, de 16 de febrero**, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las viviendas vacías, el cual ha fijado finalmente el plazo de presentación de la correspondiente autoliquidación.

En este sentido, los aspectos más relevantes del nuevo tributo:

- El nuevo impuesto tiene por objeto **gravar la desocupación permanente de viviendas, sin causa justificada, durante más de dos años**, con el objetivo de reducir el stock de viviendas vacías y aumentar las disponibles para alquiler social.
- Son sujetos pasivos del Impuesto las **personas jurídicas que tengan en Catalunya viviendas o derechos de uso sobre las mismas, que se hallen vacíos más de dos años**. En este sentido, recordar que este impuesto no es aplicable a personas físicas.
- **La base imponible se calcula en función de los metros cuadrados de superficie útil de las viviendas** referidas a 31 de diciembre de cada año, fecha en la que se produce el devengo del impuesto.
- **Cuota tributaria:** La cuota tributaria resultaría de multiplicar la Base Imponible (m²) por una escala progresiva (desde un mínimo de 10€/m² hasta un máximo de 30€/m²).
- **La presentación de la autoliquidación**, que afecta a la situación existente a 31 de diciembre de 2015, se computa **entre los días 1 y 20 del mes de marzo del 2016**.

Debe considerarse adicionalmente que la propia normativa recoge una serie de **exoneraciones de tributación**, tales como:

- que la vivienda esté ubicada en zona de escasa demanda acreditada. Una norma transitoria establece que antes del 31 de diciembre de 2015 se habrá determinado que zonas se consideran de escasa demanda.
- Viviendas puestas a disposición de programas sociales de vivienda convenidos con las Administraciones públicas.
- Viviendas destinadas a usos regulados por la legislación turística (apartamentos turísticos), si bien en este caso existen varios requisitos, en especial que las viviendas estén inscritas en el registro gestionado por el Departamento competente en materia de turismo.

Dado el poco margen en la presentación de este nuevo impuesto es importante que las entidades propietarias de inmuebles sujetos al impuesto revisen la situación a 31 de diciembre a los efectos de determinar su sujeción y, en su caso, calcular la cuota a ingresar.

La configuración del nuevo impuesto presenta varias dudas sobre su constitucionalidad y adecuación al sistema tributario vigente, por lo que podrían impugnarse las autoliquidaciones a presentar e iniciar todo el proceso de solicitud de rectificación y reclamación en vía económica administrativa.

SENTENCIA NÚM 4066/ 2014, DE 3 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

En fecha 3 de febrero de 2016, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia en recurso de casación para la unificación de doctrina en la cual podemos encontrar una serie de consideraciones interesantísimas en lo que tiene que ver con el ejercicio de actividades económicas.

La primera y gran aportación tiene que ver con si las pérdidas económicas reiteradas en el desarrollo de una concreta actividad económica puede hacer perder a ésta su objeto, al considerarse no rentable.

En la sentencia del Tribunal Supremo analizada, el contribuyente tiene como su actividad principal, registrador de la propiedad. A su vez, desarrollaba otras dos actividades económicas –una hípica y la explotación forestal de una finca- las cuales acumularon reiteradas pérdidas durante varios ejercicios.

En este sentido, la Administración Tributaria negó la existencia de estas actividades al no existir beneficios y consideró que no eran más que un vehículo para minimizar el impacto económico que la actividad principal le generaba al contribuyente.

Tal y como argumenta la sentencia analizada, las diferentes normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas han definido siempre las actividades económicas como aquellas en las que el contribuyente ordena por cuenta propia los medios de producción o los recursos humanos con el propósito de intervenir en la producción y distribución de bienes o servicios.

A diferencia de lo que consideró la Administración tributaria y confirmó el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia de instancia, la conclusión jurídica del Tribunal Supremo argumenta que la rentabilidad económica queda fuera por tanto de la definición de actividad económica y no es susceptible de eliminar, por sí misma, la consideración de que se está realizando el ejercicio de una actividad de económica.

Asimismo, esta sentencia defiende que la esencia de toda actividad económica es la obtención de beneficio, si bien cuando las pérdidas son constantes y mantenidas durante diversos ejercicios se podría poner en cuestión la existencia de actividad económica. No obstante, tal afirmación requiere de un análisis exhaustivo y completo de la actividad que demuestre su irracionalidad, extremo que no se realizó ni por la Administración ni por el Tribunal Superior de Justicia.

El otro gran argumento de interés de la sentencia, gira en torno si el hecho de que una de esas actividades, la hípica, podría ser considerada una afición –hobby- y ello podría justificar la inexistencia de una voluntad real por parte del contribuyente del ejercicio de la misma.

En este sentido, el Tribunal Supremo esgrime que una actividad de entretenimiento, no puede ser excluida del ámbito de las actividades económicas por el solo hecho de ser «entretenimiento»; asimismo, nos recuerda que estas actividades de «entretenimiento» cuando tienen resultados positivos no son excluidas del ámbito de las actividades económicas por la Administración.

ALTRES NOVETATS NORMATIVES I JURISPRUDENCIALS RELLEVANTS DEL PRIMER TRIMESTRE DE 2016

DRET PENAL

Directiva núm. 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Publicada en el D.O.U.E núm. 65, de 11 de marzo de 2016. Se prueba con el fin de establecer normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia en el proceso penal, así como al derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal. Dicha Directiva se aplica a personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales, durante todas las fases del mismo.

DRET ADMINISTRATIU

Decreto-ley 4/2015, de 29 de diciembre, de necesidades financieras del sector público y otras medidas urgentes en prórroga presupuestaria

Publicado en DOGC núm. 7029, de 31 de diciembre de 2015. Dictado para adecuar determinadas necesidades financieras mientras se mantenga la situación de prórroga presupuestaria en el ejercicio 2016 y, sin perjuicio del marco legal que comporta la situación de prórroga.

Decreto-ley núm. 1/2016, de 19 de enero, de aplicación del incremento retributivo del uno por ciento para el personal del sector público de la Generalitat de Cataluña para el 2016

Publicado en el DOGC núm. 7041, de 20 de enero de 2016. Aprobado para adecuar las normas vigentes en materia salarial del personal al servicio del sector público de la Generalitat de Cataluña para hacer posible la aplicación del incremento de la normativa básica habilitante establecida por el Estado, en situación de prórroga presupuestaria.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada en relación a Contratos públicos y la Directiva 89/665/CEE)

Dictada en sede de cuestión prejudicial en relación a la interpretación de la Directiva Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos de suministros y obras.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso «Ostas celtnieks» SIA contra Talsu novada pašvaldība y Iepirkumu uzraudzības birojs, de 14 de enero de 2016

Dictada en sede de cuestión prejudicial en relación a los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

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



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