

Referencias Jurídicas

Enero 2017 | 2ª quincena

Posts jurídicos

Corporate / M&A

La convocatoria de la junta como condición de la inscripción de la dimisión del administrador2
Alberto de Pablo

Bancario y Financiero

EMIR: nuevos requerimientos de márgenes4
Fernando Revuelta

Derecho Público y Sectores Regulados

El TS pone freno a una zona protegida cercana al almacén nuclear6
José María Pernas

Procesal

¿Nulidad de las cláusulas que recogen la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la renuncia a los beneficios de la fianza?8
Javier Wesolowski

Propiedad Industrial e Intelectual

Guía útil de escenarios, requisitos y funciones de la figura del Delegado de Protección de Datos (Grupo de Trabajo del Artículo 29)10
Blanca Cortés

Tributario


Consulta pública de la CE sobre futuras normas disuasorias y planificación fiscal agresiva12
Antonio Montero

Inmobiliario y Construcción

Transmisión de finca con superficie registral ignorada14
Gerardo Zaldívar

Grandes Patrimonios

El legislador y el castellano postmoderno16
Mariano Yzquierdo

The background of the top section of the page features a photograph of a wooden post, possibly part of a fence or a marker, standing in front of a body of water under a clear sky. The post is made of light-colored wood and has a horizontal wooden beam attached to it. The water is a pale blue-grey color, and the sky is a light, hazy blue. In the foreground, there are some green and yellowish plants, possibly coastal vegetation.

La convocatoria de la junta como condición de la inscripción de la dimisión del administrador

Alberto de Pablo
Departamento de Corporate / M&A

La Resolución de 3 de noviembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma la nota de calificación del Registrador Mercantil, denegando la inscripción de la renuncia al cargo de administrador de una sociedad de responsabilidad limitada por defectos en la convocatoria de la junta general que debe nombrar al nuevo administrador.

La resolución comentada se refiere a los requisitos a los que se condiciona la inscripción de la dimisión de un administrador solidario de una sociedad de responsabilidad limitada.

El Registrador califica negativamente una escritura en la que el administrador solidario de la sociedad, que a su vez es uno de los dos socios de la misma, manifiesta que renunció a su cargo de administrador y, a fin de evitar la paralización de la vida social, convocó junta general extraordinaria, cuyo único punto del orden del día era el nombramiento de un nuevo administrador en sustitución del administrador solidario saliente.

Junto con la escritura de renuncia se presentó en el Registro Mercantil copia del acta de presencia notarial levantada en la fecha para la que se había convocado la junta general extraordinaria, en la que el administrador manifiesta que había sido convocada junta general extraordinaria y hace constar que a dicha junta úni-

camente acude el administrador saliente y socio, no pudiéndose adoptar el acuerdo contenido en el orden del día reflejado en la convocatoria por no tener el citado socio capital suficiente para adoptar válidamente acuerdos. Por su parte, se acompaña también copia de la convocatoria firmada por el administrador y el resguardo del correo certificado enviado al otro socio y el acuse de recibo firmado por este último con su D.N.I.

En su calificación, el Registrador advierte del incumplimiento de las normas que rigen la convocatoria de la junta general. En concreto, no se acreditó la comunicación de la convocatoria a todos los socios de la sociedad señalando que con la escritura de renuncia se aportan documentos privados en los que no constan firmas legitimadas notarialmente.

Frente a los argumentos del Registrador, el socio recurrente opuso que la convocatoria fue comunicada al otro socio mediante carta con acuse de recibo y que entre los documentos presentados en el Registro Mercantil consta el acuse de recibo debidamente firmado por el otro socio de la sociedad, habiéndose dado cumplimiento por tanto a las previsiones recogidas en los estatutos sociales para la convocatoria de junta general.

Como punto de partida, la Resolución recuerda la reiterada doctrina de la Dirección General (i.e. Resolución de 6 de marzo de 2015) de acuerdo con la cual no se puede condicionar la eficacia de la renuncia al cargo de administrador a la constitución de la Junta o a la adopción por ella del acuerdo de nombramiento de un nuevo administrador, ya que ello podría suponer que se impusiera al administrador la permanencia indefinida en el cargo cuando de él no depende la constitución de la



La Resolución, reitera la doctrina de la DGRN sobre cuestiones de especial relevancia como son los requisitos para la inscripción de la dimisión de los administradores cuando su intención de renunciar al cargo choca con la negativa de los socios o simplemente con la desidia de éstos.

junta. Por tanto, es suficiente, y en ello coinciden Registrador y recurrente, con acreditar la diligencia del administrador saliente consistente en la debida convocatoria de la junta general que debe decidir sobre el nombramiento del nuevo administrador.

Por lo que se refiere a la debida convocatoria de la junta, recuerda la Resolución que el artículo 173.2 la LSC permite que ésta se realice por “cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios”, señalando a tal respecto que, conforme a la doctrina de ese Centro Directivo, el envío por correo certificado con acuse de recibo cumple tales exigencias legales, y que según la doctrina del Tribunal Supremo, acreditada la remisión y recepción de la comunicación postal, incumbiría al socio la prueba de la falta de convocatoria.

Tras la exposición de los argumentos anteriores, la Resolución entra a valorar la calificación del registrador y, en concreto, si se ha dado cumplimiento por el actor a las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil (artículos 97.1.2 y 112.2) que establecen la necesidad de que quede constancia de la fecha y de la forma en que ha sido realizada la convocatoria de la junta, tanto en el acta como en la certificación que se presente para la inscripción del acuerdo, por tratarse de datos necesarios para que el Registrador pueda comprobar que la convocatoria se ha realizado observando las previsiones estatutarias (i. e., entre otras, las Resoluciones de la DGRN de 6 de abril de 2011 y 16 de septiembre de 2011).

No obstante, en la escritura objeto de calificación no constaba la fecha y el modo en que se comunicó la convocatoria a todos los socios, sino que únicamente

constaba que se envió la convocatoria a un socio sin especificar tampoco que no existían más socios. Dichos datos fueron comunicados por el recurrente en su recurso, no pudiendo la DGRN, de acuerdo con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, valorarlos ya que en los recursos contra la calificación de los registradores solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en el Registro. Lo anterior lleva a la DGRN a confirmar la calificación del Registrador.

La Resolución, por tanto, reitera la doctrina de la DGRN sobre cuestiones de especial relevancia como son los requisitos para la inscripción de la dimisión de los administradores cuando su intención de renunciar al cargo choca con la negativa de los socios o simplemente con la desidia de éstos. Asimismo, la Resolución recuerda que no es suficiente con cumplir con las disposiciones aplicables para que determinados actos accedan al Registro Mercantil, sino que es necesario acreditar la observancia de dichas disposiciones en los documentos que se presenten en el Registro.



EMIR: nuevos requerimientos de márgenes

Fernando Revuelta
Departamento de Bancario y Financiero

El Reglamento Delegado (UE) 2016/2251 establece importantes exigencias en el intercambio (*posting*) de nuevas garantías (*collateral*) en la forma de margen inicial y de variación, lo que tendrá un impacto inmediato sobre su liquidez, al obligar a dedicar recursos adicionales de liquidez para la prestación de las nuevas garantías de alta calidad. Asimismo, el Reglamento obligará a las contrapartes a revisar sus métodos de valoración y renegociar los contratos de derivados extrabursátiles no compensados de manera centralizada que estén en vigor antes del 1 de marzo de 2017.

El Reglamento (UE) nº 648/2012, relativo a los derivados extrabursátiles, entidades de contrapartida central y registros de operaciones (conocido como EMIR), ha sido desarrollado recientemente por el Reglamento Delegado (UE) 2016/2251 de la Comisión de 4 de octubre de 2016 (DOUE 15.12.2016), en lo que atañe a las normas técnicas de regulación sobre las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (*non-cleared OTC derivatives*).

Uno de los objetivos del Reglamento delegado es proteger a las contrapartes del riesgo de impago de la otra contraparte. Para ello, el Reglamento prevé un intercambio de garantías

reales oportuno (en cuanto a los plazos), exacto (en cuanto al tipo de garantía) y con segregación de los activos.

El Reglamento recoge dos tipos márgenes con los que gestionar adecuadamente los riesgos a los que las contrapartes se puedan ver expuestas: (i) el margen de variación; y (ii) el margen inicial. El margen de variación protegerá a las contrapartes frente a las exposiciones relacionadas con el valor actual de mercado de sus contratos de derivados extrabursátiles. Mientras que el margen inicial protegerá a las contrapartes frente a las posibles pérdidas que podrían provocar las variaciones en el valor de mercado de la posición que se produzcan entre el último intercambio de márgenes de variación antes del impago de una contraparte y el momento en que se cubra el riesgo correspondiente.

El Reglamento obliga a las contrapartes que hayan concluido contratos de derivados extrabursátiles no compensados de forma centralizada, a establecer, aplicar y documentar nuevos procedimientos de gestión del riesgo, que se tendrán que revisar y actualizar al menos una vez al año. Asimismo, se recoge la obligación de que las contrapartes establezcan políticas para evaluar de manera continua la exigibilidad de los acuerdos de compensación y de intercambio de garantías reales que celebren.

El Reglamento determina las garantías reales admisibles de acuerdo con las incluidas en una lista que constituye un *numerus clausus*. Adicionalmente, las contrapartes deberán respetar ciertos límites especificados en el Reglamento en relación con cada contraparte perceptora, cuando reciban garantías reales en concepto de margen inicial. En este punto conviene destacar que para evitar la indisponibilidad de los márgenes iniciales en caso de impago, la contraparte que recibe una garantía real en concepto de margen inicial no



Aunque el Reglamento entró en vigor el pasado 4 de enero, se establece una entrada en vigor gradual dependiendo del importe nocional medio agregado de derivados no compensados de forma centralizada.

podrá rehipotecar, repignorar ni reutilizar dicha garantía a no ser que el margen inicial recibido sea en forma de dinero efectivo.

Las contrapartes deben calcular el margen de variación con una periodicidad diaria, mientras que el margen inicial deberá determinarse a más tardar el día hábil siguiente al acaecimiento de una serie de circunstancias recogidas en el Reglamento.

La sección cuarta del Reglamento regula los modelos de margen inicial. Estos deberán reflejar todos los riesgos significativos resultantes de la celebración de los contratos de derivados extrabursátiles no compensados de forma centralizada que estén comprendidos en el conjunto de operaciones compensables, incluida la naturaleza, escala y complejidad de tales riesgos. A tal efecto deben tenerse en cuenta los requisitos relativos: (i) al intervalo de confianza; (ii) períodos de riesgo; (iii) diversificación, cobertura y compensación de riesgos entre clases de subyacentes; (iv) requisitos cualitativos; y (v) calibración de los parámetros de dichos modelos recogidos en el Reglamento.

El capítulo II del Reglamento establece una serie de exenciones a los procedimientos de gestión del riesgo mencionados anteriormente.

El Reglamento desarrolla también el régimen especial para los contratos de derivados intragrupo. En ese sentido, se establece el procedimiento que las contrapartes y autoridades competentes deben seguir para aplicar determinadas exenciones en el caso de contratos de derivados concluidos intragrupo, de conformidad con lo exigido en el artículo 11, apartados 6 a 10, del Reglamento (UE) n° 648/2012.

También se recogen criterios con los que dictaminar qué puede considerarse como un impedimento práctico o jurídico a la rápida transferencia de fondos propios o el reembolso de pasivos entre las contrapartes dentro de un mismo grupo.

Aunque el Reglamento entró en vigor el pasado 4 de enero, se establece una entrada en vigor gradual dependiendo del importe nocional medio agregado de derivados no compensados de forma centralizada. A continuación se incluye una tabla, que recoge las fechas de entrada en vigor de la normativa antes resumida:

Margen Inicial (IM)	
AANA	Entrada en vigor
> 3 billones de euros	4 de febrero de 2017
> 2,25 billones de euros	1 de septiembre 2017
> 1,5 billones de euros	1 de septiembre 2018
> 0,75 billones de euros	1 de septiembre 2019
> 8.000 millones de euros (las contrapartes que no lleguen a superar este importe no tienen la obligación de cumplir con las obligaciones de margen inicial impuestas por el Reglamento)	1 de septiembre 2020

Margen Inicial (VM)	
AANA	Entrada en vigor
> 3 billones de euros	4 de febrero de 2017
Resto de contrapartes	1 de marzo 2017

El TS pone freno a una zona protegida cercana al almacén nuclear

José María Pernas

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Supremo considera en una reciente sentencia que es mayor el interés general de gestionar eficientemente la evacuación de residuos del almacén nuclear que el de declarar como protegida la Laguna del Hito.

El Gobierno de España había recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha la ampliación del Espacio Protegido Laguna del Hito adoptada por acuerdo del Gobierno de Castilla-La Mancha, de 28 de julio de 2015, que afectaba a la construcción del Almacén Temporal Centralizado (ATC) de combustible nuclear gastado y de residuos de alta actividad en Villar de Cañas (Cuenca). En el recurso el Gobierno central había solicitado al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que suspendiera cautelarmente la ampliación de ese Espacio Protegido. El Tribunal Superior de Castilla-La Mancha rechazó mediante auto esa suspensión cautelar. Y el Gobierno entonces recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que esa ampliación del espacio natural no se hizo *"para proteger un interés ambiental sino para bloquear el Almacén Temporal Centralizado de combustible nuclear"*.

Resolviendo el recurso del Gobierno, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha acordado la suspensión cautelar del acuerdo del Gobierno de Castilla-La Mancha, de 28 de julio de 2015, que aprobaba la ampliación del Espacio Protegido Laguna del Hito.

Hay que tener en cuenta que conforme al artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa ("LJCA"), previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso. En la práctica esta disposición se traduce en que el tribunal efectúa una ponderación entre qué interés es prevalente, si el de la pervivencia de los efectos del acto administrativo, o el que representa su suspensión.

En este caso el Tribunal Supremo considera que, en la ponderación de los intereses públicos y generales en conflicto, es más atendible el de proseguir las actuaciones para la instalación del ATC, que pretende una *"pronta y correcta"* gestión de los residuos radioactivos amparando a todas las especies animales y al medio en general, que la aprobación inmediata de la ampliación de un espacio protegido para aves para proteger a una o varias especies animales.

Según el Tribunal Supremo *"dicho perjuicio está en el entorpecimiento a la gestión de los residuos radioactivos y, por consiguiente, el debilitamiento de la seguridad nuclear, con lo que se daña un servicio público esencial"*. *"Éste es el interés en conflicto que ha de tenerse en cuenta frente a la protección de una determinada zona como hábitat de unas aves"*.

A juicio del alto tribunal, la perturbación que a esos intereses públicos se puedan causar es lo que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha debió haber sometido al juicio de ponderación, *"lo que no hizo, al limitarse a comparar el interés general en la protección ambiental con un cuantioso perjuicio económico, que no pasa de ser contable frente al inaplazable de proteger a una o varias especies animales del riesgo de desaparición,*



El TS determina que tiene un mayor interés general la pronta gestión de los residuos radioactivos (alude a un servicio público esencial de seguridad nuclear), frente a la de declaración de una zona como protegida.

sin tener en cuenta que con una pronta y correcta gestión de los residuos radioactivos se está amparando a todas las especies animales y al medio en general".

teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional".

Según el Tribunal Supremo, aplicando el artículo citado de la LJCA, *"Si efectuamos un correcto juicio de ponderación entre los intereses enfrentados, nos parece prevalente preservar la adecuada gestión de los residuos radioactivos en orden a una mejor seguridad nuclear, mientras se sustancia el pleito, que la aprobación inmediata de la ampliación de un espacio protegido para las aves y la modificación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales"*.

Con esta sentencia el TS determina que tiene un mayor interés general la pronta gestión de los residuos radioactivos (alude a un servicio público esencial de seguridad nuclear), frente a la de declaración de una zona como protegida. Es interesante tener en cuenta esta sentencia para el futuro, pues no era habitual en la jurisprudencia privar de efectividad a una declaración de ampliación de un espacio protegido.

La enseñanza que podemos extraer es que es trascendental una correcta argumentación jurídica acerca del interés general prevalente, y que muchas veces ese interés general prevalente no está determinado *a priori*, sino que depende de la capacidad argumentativa de las partes. Algo que ya recordaba el Tribunal Supremo en su Auto de 8 de Mayo de 2012 (rec.313/2012): *"La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y*

¿Nulidad de las cláusulas que recogen la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la renuncia a los beneficios de la fianza?

Javier Wesolowski
Departamento de Procesal

Comentario de la Sentencia de 7 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona.

Una sentencia recientemente dictada por un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona estima íntegramente la demanda interpuesta por un consumidor contra una entidad bancaria, declarando la nulidad de la cláusula que recoge la responsabilidad patrimonial universal del deudor y de la cláusula por la que los fiadores solidarios renunciaban a los beneficios legales de orden, excusión y división.

El caso analizado en la sentencia, que no presenta elementos fácticos de especial complejidad, es una contratación de un préstamo con garantía hipotecaria entre un consumidor y sus fiadores y una entidad bancaria. Curiosamente, la entidad financiera demandada fue declarada en rebeldía al no haber comparecido para contestar a la demanda.

Las primeras quince páginas de la Sentencia contienen un extenso resumen de la normativa nacional y europea y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores, prestando especial atención al control de incorporación y al control de transparencia. Seguidamente se analiza, escuetamente, la aplicación al caso de dicho régimen legal.

Las dos cláusulas cuya validez se discute son la primera y la novena del contrato, cuyo contenido es el siguiente:

"Cláusula primera.- Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía

de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura...".

Esta cláusula (rectius, parte de una cláusula) se limita a recoger el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que viene consagrado en el artículo 1911 del Código Civil y que es, sin ninguna duda, uno de los pilares del sistema de responsabilidad civil en España y en el mundo.

"Cláusula novena.- Garantía Adicional. Con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por..."

Esta cláusula, por su parte, establecía una fianza para asegurar las obligaciones del prestatario, si bien la parte declarada nula es, exclusivamente, la renuncia a los beneficios recogidos en el Código Civil a favor de los fiadores. Se trata del beneficio de orden, que impide que el acreedor exija el pago al fiador sin antes haber hecho lo propio con el deudor principal; del beneficio de excusión, según el cual el fiador, antes de pagar, puede señalar bienes del deudor principal con los que satisfacer la deuda; y del beneficio de división, que implica que, en caso de que existan varios fiadores, la obligación de garantizar se entenderá hecha por partes, de manera que el acreedor no podrá reclamar a cada fiador más que la parte garantizada por el mismo (presumiéndose, a falta de pacto, que la obligación de afianzar lo es por partes iguales).

Aunque el fallo genera cierta confusión, por declarar nula la cláusula en su integridad, de acuerdo con los razonamientos



La decisión del Juzgador sobre la cláusula primera, aunque probablemente inane, resulta alarmante, pues denota un celo por la protección de los consumidores que va más allá de lo que la ley permite.

contenidos en la sentencia parece que, respecto de la fianza, tan solo se declara nula la renuncia a los beneficios indicados, y no la fianza misma.

La sentencia, que, como se ha indicado, recoge extensamente la legislación y la doctrina judicial sobre protección de consumidores y usuarios en materia de contratación, no ofrece excesivos detalles sobre su aplicación al caso concreto, por lo que no se explica por qué los clientes, con la información que recibieron, no podían comprender la trascendencia económica de dichas cláusulas.

Comenzando por la cláusula primera, la sentencia resulta enormemente peculiar. En primer lugar, porque es pionera al declarar nula la cláusula que recoge el principio legal de responsabilidad patrimonial universal del deudor (el prestatario). Pero, en segundo lugar, porque resulta extravagante considerar falta de transparencia una cláusula que únicamente *recuerda* que el aseguramiento de las obligaciones del prestatario mediante una hipoteca no implica la desaparición de la responsabilidad personal e ilimitada del deudor. Además, resulta difícil sostener que, hoy en día, los consumidores no son conscientes de que todos sus bienes responden de todas sus deudas.

La trascendencia del fallo en este punto, bien entendido, es por completo inexistente, pues el hecho de eliminar la cláusula del contrato no impide la aplicación del artículo 1911 (que es la norma general) ni mucho menos permite entender que pueda imponerse a la entidad bancaria la dación en pago cuando nada se ha convenido al respecto. No cabe olvidar, en este sentido, que el artículo 105 de la Ley Hipotecaria declara que la hipoteca *"no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil"*, por lo que se ha eliminado una cláusula que, en realidad, resultaba redundante.

Como mucho, podría valorarse la nulidad del carácter solidario de la obligación, lo cual sólo tendría trascendencia en caso de que fuesen varios los prestatarios (información que la sentencia no permite conocer).

Partiendo de lo anterior, probablemente resulte más interesante el debate respecto de la cláusula novena. En este sentido, aunque el juzgador considere que el banco no facilitó información que permitiera al consumidor (en concreto, a los fiadores) comprender realmente la trascendencia económica de la estipulación, de nuevo se produce un cierto conflicto cuando se declara falta de transparencia una estipulación que no contiene nada distinto de lo previsto en el Código Civil, de modo que pareciera que se estuviese declarando que la propia norma resulta incomprensible para los consumidores.

En efecto, los artículos 1830 a 1837 del Código Civil recogen los beneficios de orden, excusión y división en la fianza, así como la posibilidad de que el fiador renuncie a los mismos, por lo que no se entiende qué información debe darse a los consumidores para que pueda estimarse que las cláusulas son transparentes. En este sentido, bien podría considerarse igualmente falta de transparencia la cláusula que establece la garantía hipotecaria por no explicar suficientemente al consumidor que el bien que adquiere con el préstamo responde del cumplimiento de sus obligaciones con la entidad financiera.

La decisión del Juzgador sobre la cláusula primera, aunque probablemente inane, resulta alarmante, pues denota un celo por la protección de los consumidores que va más allá de lo que la ley permite (y en un caso que en nada es comparable al de las cláusulas suelo o las llamadas hipotecas multidivisa). Sobre la cláusula novena, dada la enorme trascendencia que podría tener el fallo si fuera confirmado, se echa en falta mayor profundidad en el análisis de transparencia y comprensibilidad de la misma.

Contra la sentencia cabe recurso de apelación, facultad que, en vista de lo mediático del fallo, seguramente será utilizada por la entidad bancaria condenada (a pesar de haber sido declarada en situación procesal de rebeldía). Ahora queda esperar la sentencia que, eventualmente, pueda dictar la Audiencia Provincial de Barcelona, que deberá pronunciarse, en su caso, sobre cuestiones de gran relevancia para el sector.

Guía útil de escenarios, requisitos y funciones de la figura del Delegado de Protección de Datos (Grupo de Trabajo del Artículo 29)

Blanca Cortés
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 ("GT 29") anunció en 2016 su intención de elaborar diversos documentos con los que dar luz a determinadas obligaciones del Reglamento General de Protección de Datos ("RGPD"). Entre tales documentos se encuentran su guía sobre el derecho a la portabilidad, las normas para la identificación de la autoridad de control principal y la figura del Delegado de Protección de Datos o *Data Protection Officer* ("DPO") a cuyo contenido se dedica esta Referencia Jurídica.

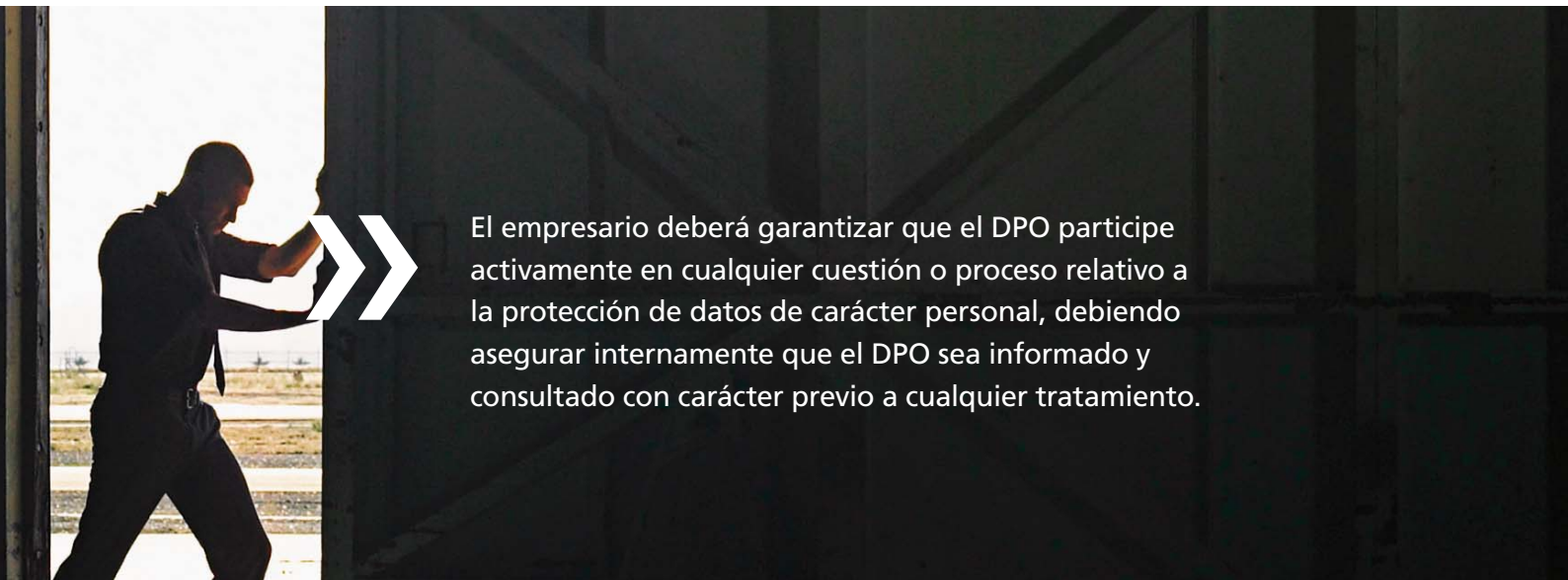
El GT 29 es un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros. Las decisiones del Grupo no son jurídicamente vinculantes si bien tienen un contundente valor interpretativo al que recurren tanto los abogados especializados en la materia como los tribunales nacionales y europeos. Precisamente en el desarrollo de su actividad, el GT29 ha publicado una nueva guía que, en esta ocasión, analiza la figura del Delegado de Protección de Datos ("DPO").

En primer lugar, la guía analiza en qué escenarios es necesaria la figura del DPO, así como trata de delimitar el significado de los no pocos conceptos jurídicos indeterminados incluidos en la Sección 4 del RGPD. En

concreto, el Reglamento establece que será necesaria la designación de un DPO cuando a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público; b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; o c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales o de datos relativos a condenas e infracciones penales.

Así, en la guía objeto de cita, el GT29 analiza conceptos como *autoridad u organismo público* (lo que se decidirá de acuerdo con el derecho nacional, si bien la guía recomienda que aquellas organizaciones privadas que desempeñan funciones públicas designen voluntariamente un DPO); *actividades principales* (operaciones clave para conseguir los objetivos del responsable o encargado); *tratamiento de datos a gran escala* (para lo que deberá tomarse en consideración, entre otros elementos, el número de titulares de datos afectados por el tratamiento, el volumen y/o la tipología de los datos que están siendo tratados); u *observación habitual y sistemática de interesados* (para la que el GT29 menciona diversos ejemplos como programas de fidelización, publicidad comportamental, monitorización de datos a través de *wearables* o uso de circuitos cerrados de televisión). Ejemplos todos ellos que delimitan tanto las situaciones en las que el DPO deberá ser designado como cuáles serán las características y funciones de su cargo.

Al respecto, la guía manifiesta que el DPO será necesario tanto para responsables como encargados del tratamiento cuando se cumplan los requisitos del RGPD. Asimismo, se



El empresario deberá garantizar que el DPO participe activamente en cualquier cuestión o proceso relativo a la protección de datos de carácter personal, debiendo asegurar internamente que el DPO sea informado y consultado con carácter previo a cualquier tratamiento.

establece que el DPO a) deberá ser fácilmente accesible desde cada establecimiento en aquellos casos en los que el DPO represente a un grupo de empresas; b) acreditar una sólida experiencia en protección de datos, si bien no requerirá de una titulación determinada; y c) podrá ser contratado como personal de la entidad o ser ajeno a tal organización empresarial y actuar como DPO en virtud de un contrato de prestación de servicios. La última posibilidad resulta de especial importancia, pues permite externalizar esta función a terceros especialistas en la materia, evitando las dificultades inherentes a su implementación interna. A lo expuesto debe añadirse que ciertos datos del DPO deberán ser publicados para que los titulares de datos personales y comunicados a las correspondientes Autoridades de supervisión puedan tener acceso a ellos.

Por último, en lo relativo al papel del DPO en la organización de la que forme parte, la guía manifiesta que el empresario deberá garantizar que éste participe activamente en cualquier cuestión o proceso relativo a la protección de datos de carácter personal, debiendo asegurar internamente que el DPO sea informado y consultado con carácter previo a cualquier tratamiento ("*Privacy by design and default*"). Asimismo, deberá garantizarse que el DPO actúa de forma independiente, no exista conflicto de interés con otras funciones que pueda desempeñar (el GT29 recomienda, sin embargo, que el DPO no desempeñe ninguna otra función relacionada con la determinación de la finalidad de los tratamientos de datos a realizar, entre ellas, responsable de RRHH, responsable de IT, responsable financiero o cualquier cargo directivo) y no sea penalizado por el empresario por las decisiones en cumplimiento de su cargo.

Si bien las incógnitas relativas a esta figura persisten, la guía aporta datos y ejemplos útiles para concretar en qué casos será necesaria la designación de un DPO y cuáles serán sus funciones en la práctica y ello con la debida antelación pues el RGPD entrará en vigor en mayo de 2018. Su contenido, sin lugar a dudas, será de utilidad a responsables y encargados para adaptar su estructura a las firmes exigencias del RGPD.



Consulta pública de la CE sobre futuras normas disuasorias y planificación fiscal agresiva

Antonio Montero
Departamento de Tributario

El pasado día 10 de noviembre la Comisión Europea puso en marcha una consulta pública para recabar opiniones sobre cómo debe actuar la Unión Europea en relación con los asesores e intermediarios que facilitan la evasión y la elusión fiscales.

El texto de la consulta, accesible a través de la propia página web de la Comisión, señala que recientes acontecimientos han puesto de manifiesto el papel crucial que ciertos intermediarios juegan en la elaboración de la evasión y la elusión fiscal.

Se mencionan determinados ejemplos de iniciativas puestas en marcha a nivel internacional para luchar contra tales prácticas, entre ellas la Acción 12 de BEPS (OCDE) o las Directivas de la Unión en materia de intercambio de información entre las autoridades fiscales de los distintos Estados Miembros.

El propósito declarado de la consulta es recoger opiniones sobre la necesidad de adopción, en el seno de la Unión, de medidas normativas que desincentiven este tipo de prácticas y, de ser ese el caso, cuáles serían estas.

La justificación última que se invoca es la creación de un más profundo y justo mercado único.

Entre los mecanismos que se describen de forma general en la consulta, como más habituales en este tipo de actuaciones, se hace referencia a la ayuda a la creación de entidades

offshore, de creación de complejas estructuras societarias que tratan de ocultar no sólo patrimonio, sino la identidad de los propietarios reales del mismo, para asegurar la inexistencia de tributación por parte de éstos o para minorarla de forma notoria.

La comisión incluye en el texto de la consulta dentro del concepto de intermediario una amplia gama de profesionales: asesores, abogados, asesores financieros y de inversión, consultores, contables, instituciones financieras, intermediarios de seguros, etc.

Considera la Comisión que el impago de la evasión/elusión fiscal es difícil de cuantificar, más aún cuando en dichos esquemas agresivos no es infrecuente la ubicación de las empresas en territorios de baja tributación (paraísos fiscales).

El Parlamento Europeo apeló a la adopción de duras medidas contra dichos intermediarios cuando asisten, asesores, esquemas que provocan la evasión fiscal; el ECOFIN del 22 de abril de 2016, en el que la Presidencia invitó a la Comisión a considerar iniciativas para establecer normas de divulgación obligatoria de dichos esquemas (Acción 12 de BEPS), incrementando la vigilancia sobre dichos intermediarios como uno de los elementos de evaluación.

La introducción de dichas medidas de divulgación tendría como objetivos los siguientes:

- Disuadir a los intermediarios y usuarios de potenciales esquemas de planificación fiscal agresiva de promocionar y utilizar los mismos en detrimento de la sociedad.
- Asegurar que las autoridades nacionales tienen acceso inmediato a la información relativa a dichos esquemas.



La iniciativa de la Comisión resulta más trascendente de lo que en principio cabría pensar, y de su evolución habrá que efectuar un seguimiento en los próximos meses, habida cuenta de su afectación a un gran número de instituciones jurídicas.

- Evitar distorsiones en el mercado único debidas a la diversidad de exigencias de información en relación con tales esquemas así como asegurar la igualdad de condiciones entre los intermediarios.
- Facilitar la cooperación administrativa entre las autoridades fiscales en el ámbito de las operaciones transfronterizas.
- Mejorar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes mediante la introducción de medidas que aseguren la justicia del sistema.

La opinión que es solicitada a los participantes en la consulta tiene tres vertientes:

- Necesidad sobre una acción de la Unión Europea en dicho sentido.
- Opciones posibles.
- Elementos esenciales del posible régimen de información.

En esa línea, el cuestionario puesto a disposición de quien quiera participar en la consulta (más allá de las que formal y expresamente se pudiesen plantear a los propios Estados Miembros, expertos, asociaciones profesionales, *think tanks*, etc), incluye una amplia gama de materias:

- Información específica sobre el participante en la consulta, como su naturaleza jurídica, identificación, lugar de residencia.
- Información sobre si se es receptor de asesoramiento fiscal.
- Opinión sobre lo que sería calificado por el participante como "potencial esquema de planificación fiscal agresiva", en atención a la concurrencia de una tipología de operativas negociales sucintamente descritas (inclusión de cláusulas de confidencialidad, retribución, utilización de determinadas figuras legales como los trust, uso de territorios de baja tributación, etc.).
- Opinión sobre si debe automáticamente calificarse como agresivo cualquier esquema relacionado con

países terceros (no UE) incluidos en listas de países que no cumplan con los estándares de buena gobernanza.

- Opinión sobre los objetivos a conseguir (disuadir del uso de tales esquemas, asegurar la disponibilidad de información de forma inmediata por parte de las autoridades fiscales, evitar distorsiones en el mercado único, facilitar la cooperación administrativa, etc.).
- Opinión sobre si el foco primordial de este tipo de medidas deberían ser las operaciones transfronterizas.
- ¿Deben compartir las autoridades información en relación con este tipo de esquemas?
- Opinión sobre si la legislación de la UE en la actualidad es suficiente en esta materia
- Consecuencias de la no implementación de legislación de esta naturaleza
- Consecuencias de la falta de cumplimiento de esa legislación por parte de los intermediarios.
- Impacto económico de este tipo de medidas (más justicia tributaria; incremento en la recaudación dentro y fuera de la UE).
- Impacto social (mayor grado de cumplimiento voluntario).
- Alcance de la obligación de comunicación (identificación del contribuyente, identificación del intermediario, identificación del elemento del negocio u operativa determinante de la eventual calificación como planificación agresiva; identificación de las jurisdicciones involucradas, cuantificación de la ventaja fiscal a obtener).
- Obligados a suministrar la información (contribuyentes, intermediarios, ambos).

Como puede observarse, la iniciativa de la Comisión resulta más trascendente de lo que en principio cabría pensar, y de su evolución habrá que efectuar un seguimiento en los próximos meses, habida cuenta de su afectación a un gran número de instituciones jurídicas más allá de las vinculadas, estrictamente, a las fiscales.



Transmisión de finca con superficie registral ignorada

Gerardo Zaldívar
Departamento de Inmobiliario y Construcción

Resolución de 13 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la Propiedad accidental de Borja, por la que se suspende la inscripción de la superficie de una finca que constaba inscrita sin ella, y se omite la inscripción de otros extremos.

La cuestión suscitada gira en torno a una escritura por la que se llevan a cabo operaciones de ejecución de fiducia sucesoria, liquidación de sociedad conyugal y aceptación y adjudicación de los bienes de una herencia.

Una de las fincas del inventario constaba inscrita en el Registro de la Propiedad como extensión superficial ignorada y en la descripción que sobre dicha finca se hacía en la escritura se decía que, según reciente medición, la finca tenía una superficie de 131 metros cuadrados, declarando los otorgantes que no podían aportar la referencia catastral (además de haber sido infructuosa su búsqueda por el Notario autorizante).

Respecto de la misma finca objeto de la escritura se solicitaba, además, (i) la cancelación de un usufructo vitalicio por fallecimiento de la usufructuaria, lo que se acreditó con certificado de defunción; y (ii) la cancelación, de manera expresa, de una anotación de embargo por caducidad.

El Registrador suspendió la inscripción, advirtiendo como obstáculo para la inscripción de la transmisión de la finca el de no constar su extensión superficial (constaba inscrita en los libros del Registro como extensión superficial ignorada).

La recurrente, por su parte, consideró que no se trataba de una inmatriculación de finca sino de la transmisión de una finca ya inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que haciéndose constar ahora la extensión y superficie de la misma, no existía motivo fundado para cerrar el Registro a la misma.

Adicionalmente, la recurrente alegó que en la calificación del Registrador (i) no constaba la extinción del usufructo a favor de la fallecida usufructuaria; (ii) no figuraba la cancelación de la anotación de embargo preventivo sobre esa misma finca, extremos, ambos solicitados expresamente en el título de transmisión; y (iii) no se hicieron constar tampoco los medios de impugnación contra la calificación del Registrador.

La Dirección General desestima el recurso presentado por la recurrente contra la calificación del Registrador en cuanto a los extremos relativos a la finca y su extensión, estimándolo en todo lo demás.

En cuanto a la finca y en relación a la falta de expresión de la superficie, la Dirección General recuerda a la recurrente que es doctrina de ese Centro Directivo el deber de exigir que se exprese la superficie de la finca en el título presentado, aunque en el historial registral la misma aparezca sin expresión de su medida. La completa y total descripción de la finca en el título de transmisión resulta indispensable para que el Registrador pueda llegar



De esta resolución podemos extraer, entre otras conclusiones, que no es posible inscribir la transmisión una finca sin superficie, aunque así figure en el Registro de la Propiedad.

a la convicción de que el mismo tiene por objeto una determinada finca registral. Igualmente, la Dirección General vuelve a incidir en que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en el Registro, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora, por lo que ha de estar dotado de las debidas garantías de notificación a los propietarios colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, bien el procedimiento registral que se regula en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria o bien el expediente notarial regulado en el artículo 201.1 del mismo texto legal.

No obstante lo anterior, la Dirección General considera que no es posible acudir a la vía excepcional del artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria, pues tal supuesto está reservado para el supuesto de que la superficie que se pretende inscribir no excede en más del 5% o del 10% «de la cabida que conste inscrita», y, en este caso en cuestión no consta inscrita cabida alguna.

En cuanto al resto de los extremos recurridos, esto es, la negativa del Registrador a inscribir la extinción del usufructo y la cancelación de una anotación preventiva caducada, la Dirección General concluye forzosamente que tal negativa, precisamente por carecer de motivación alguna, ha de ser revocada. De otra parte, la Dirección General vuelve a incidir en que resulta indispensable hacer constar siempre en la nota de calificación los medios de impugnación de la misma en la forma determinada por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, de esta resolución podemos extraer tres conclusiones:

1. Que no es posible inscribir la transmisión una finca sin superficie, aunque así figure en el Registro de la Propiedad;
2. Que para la constancia de esa superficie que no figura en el Registro de la Propiedad se requiere, bien el procedimiento registral que se regula en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria o bien el expediente notarial regulado en el artículo 201.1 del mismo texto legal; y
3. Que una pequeña disminución de cabida de una finca respecto de la superficie inscrita en el Registro se puede acreditar con el expediente previsto en el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria, siempre y cuando el Registrador, en resolución motivada, no albergue dudas sobre la realidad de la modificación solicitada y que realizada la operación registral, el Registrador notifique a los titulares registrales de las fincas colindantes.

La Resolución pone así fin a una cuestión que ha venido presentándose como polémica en el pasado y sobre la cual la Dirección General se ha venido pronunciando, sentando nuevamente y de forma definitiva su criterio, conforme a lo anteriormente expuesto.

El legislador y el castellano postmoderno

Mariano Yzquierdo
Grandes Patrimonios

Hay padres que son progenitores, padres que no son progenitores y progenitores que no son padres.

La reforma introducida por las leyes de 2015 continuó con la espiral de corte neo o postmodernista de las reformas introducidas en el Derecho de familia en la primera década del siglo XXI. Resulta, en efecto, muy llamativo que el legislador quiera resolver las denominadas «cuestiones de género» a base de agresiones al buen castellano. La cosa instaurada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y que se materializó con la *Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia* encontraba su lógica, una vez admitidos los matrimonios entre personas del mismo sexo, cuando el art. 3 vino a establecer que la certificación correspondiente a las inscripciones de los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo debían ser modificadas, sustituyéndose para tales casos las expresiones de «marido» y «mujer» por las de «cónyuge A» y «cónyuge B».

El problema vino cuando el art. 4 dispuso también que la expresión «padre» se debía sustituir por la de «progenitor A», y la expresión «madre» por la de «progenitor B». La DGRN no cayó en la cuenta de que el término «progenitores» solamente casa correctamente con «padres biológicos». Eso significa la palabra «progenie», una combinación de la raíz indoeuropea «gen» (parir), después presente en los verbos latinos «gignere» (engendrar), «generare» (generar) y «gnasci» (nacer) y en el verbo griego «gígnomai» (nacer), todo lo que después

dio lugar a sustantivos como «generador», «genital», «indígena», «patógeno», «ingeniero», a adjetivos como «generoso», «homogéneo», «heterogéneo» o a verbos como «generar» y «degenerar».

Esta completa y absoluta «degeneración» idiomática se ha reproducido en las últimas reformas del Código civil.

Me encuentro en este momento actualizando los capítulos que tengo a mi cargo en el Tratado de Derecho de la Familia, obra codirigida por mí y por la profesora Cuenca Casas (y en la que se dan cita, a lo largo de cerca de diez mil páginas escritas por más de setenta autores, el Derecho civil, el procesal, el internacional privado, el penal, el eclesiástico, el administrativo, el laboral, el mercantil y el tributario). Esa tarea de revisión y actualización me da la oportunidad de hacer esta reflexión. Lo cierto es que, en un matrimonio o pareja de varones del mismo sexo, es sólo el Derecho quien les puede llamar «padres», pero como mucho uno será propiamente «progenitor» (a saber, el titular del esperma utilizado para la generación). No lo será ninguno cuando el hijo se ha gestado con semen de donante, ni tampoco en el caso de filiación adoptiva, donde los adoptantes serán padres ambos, pero ninguno progenitor. A partir de ahí, serán los padres, progenitores o no (y digan lo que digan los preceptos que a continuación se citan y otros muchos que no se citan) quienes ejerzan la patria potestad (arts. 111, 154, 156, 157, 158 del Código civil), quienes confieran la vecindad civil al extranjero adoptado (art. 15.1.b), quienes se separen o se divorcien en caso de crisis matrimonial (arts. 81, 82.2, 90.1.a, 93, 94), quienes por su matrimonio otorgarán el carácter matrimonial al hijo habido con anterioridad (art. 119), quienes administren los bienes de los hijos (arts. 164.2 y 167). Y



Resulta muy llamativo que el legislador quiera resolver las denominadas «cuestiones de género» a base de agresiones al buen castellano.

así sucesivamente, por no seguir dando la brasa, pues reproducir la lista de «progenitores» presentes en el régimen del acogimiento, la tutela administrativa y la adopción haría interminable la relación. Aunque, bien es verdad, hay preceptos que prefieren no propinar puntapiés al castellano, pues parece lógico que la adopción la tengan que consentir los adoptantes llamados a ser padres adoptivos y que en cambio sean llamados a asentirla los progenitores del adoptando que no estuviera emancipado (art. 177).

Curiosamente, en una operación como ésta, hecha por la Dirección General a base de la herramienta «buscar y reemplazar» de los tratamientos de texto, se han librado, para bien, artículos que continúan diciendo que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados (art. 162; en efecto, así debe ser, y sean o no sean ellos los progenitores), o que incluso ordenan el nombramiento de defensor judicial cuando en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados (art. 163). Si en este último precepto se hablara de progenitores, el *lapsus* desembocaría en el absurdo: ¿qué habríamos hecho con la pareja de gays o lesbianas que discutiesen acerca del precio que hay que poner a la venta de la finca que el hijo ha heredado de la abuela? Como, en cambio, en el segundo párrafo se advierte que si el conflicto existe sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro representar al menor sin necesidad de nombrar defensor judicial, tendríamos el problema formado cuando la finca la quisiera comprar la compañera *more uxorio* de la mujer que puso el óvulo y que quisiera comprar la finca (a la sazón, no progenitora).

Aunque el legislador se esfuerce en decir lo que le parezca oportuno por imposición de los *slogans* de la progresía, y hecha la oportuna queja, debo advertir que yo mismo, en mis clases y en mis escritos, me dejo aplastar más de una vez por esa moda irredenta. Pero conviene decir también que en este precioso *blog*, además de velar por la calidad material de las normas, hay que velar por la elegancia de las mismas. Se llama *elegantia iuris*, y había mucha en el siglo XIX. Y también en buena parte del siglo XX, cuando existían las comisiones de estilo en las Cámaras legislativas.

Saludos, queridos lectores, ya seáis progenitores, padres, las dos cosas o ninguna de las dos.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Twitter



LinkedIn



www.cms.law



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Santiago, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law