

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Diciembre 2017



Referencias Jurídicas

Diciembre 2017

Artículos de fondo

Procesal

La reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial: la inconstitucionalidad surgida ante la imposibilidad de recurrir ante el Juez las resoluciones dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia5
Manuel Sánchez-Puelles

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Al socio minoritario no se le puede imponer cobrar su crédito recibiendo más participaciones sociales10
Ángel Ruiz

La DGRN recorta la autonomía de la voluntad en el régimen estatutario de mayorías reforzadas en la junta y el consejo12
Ana Vázquez

Nueva Sentencia del TJUE sobre traslado transfronterizo de domicilio de una sociedad de un Estado Miembro a otro14
Tobías Kálnay

Derecho Público y Sectores Regulados

Hacia unas mayores potestades administrativas para decidir sobre el cierre de centrales eléctricas16
José María Pernas



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Procesal

Diciembre 2017

La reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial: la inconstitucionalidad surgida ante la imposibilidad de recurrir ante el Juez las resoluciones dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia

Manuel Sánchez-Puelles

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial introdujo nuevas atribuciones y funciones a los Letrados de la Administración de Justicia algunas de las cuales, tal y como resultaron planteadas, resultan a nuestro juicio, inconstitucionales.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial ("Ley 13/2009"), introdujo en nuestra legislación nuevas atribuciones y funciones a los Letrados de la Administración de Justicia, llevándose éstas a cabo a través de dos tipos de resoluciones: (i) Diligencias de Ordenación y (ii) Decretos.

En relación con dichas resoluciones, se estableció un régimen impugnatorio en virtud del cual, frente a las mismas, cabe únicamente la formulación de recurso de repo-

sición, excepto en los supuestos concretos en que la ley establece expresamente la posibilidad de interposición directa de recurso de revisión contra el Decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia.

El recurso de reposición interpuesto frente a las Diligencias de Ordenación y Decretos dictados por el Letrado de la Administración de Justicia lo resuelve el propio Letrado de la Administración de Justicia por medio de Decreto, **contra el cual ya no cabe interponer recurso alguno.**



A su vez, como previamente se ha indicado, podrá interponerse recurso de revisión contra el Decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia ante el Juez o Tribunal que tenga la competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el Decreto impugnado.

Este nuevo sistema de resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, y de recursos frente a las mismas, fue implantado por la Ley 13/2009 en los cuatro órdenes jurisdiccionales:

- i. En el orden jurisdiccional civil-mercantil, el artículo 454 bis. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone:

"1. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva. Esta reproducción se efectuará, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvente en ella".

- ii. En el orden social, la Ley 13/2009 modificó el artículo 186.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (actual artículo 188.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), con el siguiente tenor:

"1. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva".

- iii. En el ámbito penal, los artículos 238 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegados por el Ilmo. Juez Instructor de la causa, dicen:

"Artículo 238 bis

Contra todas las diligencias de ordenación dictadas por los Secretarios judiciales podrá ejercitarse ante ellos mismos recurso de reposición.

También podrá interponerse recurso de reposición contra los decretos de los Secretarios judiciales, excepto en aquellos supuestos en que proceda la interposición directa de recurso de revisión por así preverlo expresamente la Ley.

El recurso de reposición, que se interpondrá siempre por escrito autorizado con firma de Letrado y acompañado de tantas copias cuantas sean las demás partes personadas, expresará la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente y en ningún caso tendrá efectos suspensivos.

Admitido a trámite el recurso de reposición, por el Secretario judicial se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un plazo común de dos días para presentar por escrito sus alegaciones, transcurrido el cual resolverá sin más trámite.

Contra el decreto del Secretario judicial que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno.

Artículo 238 ter

El recurso de revisión se interpondrá ante el Juez o Tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el decreto del Secretario judicial que se impugna, mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que ésta hubiere incurrido, autorizado con firma de Letrado y del que deberán presentarse tantas copias cuantas sean las demás partes personadas.

Admitido a trámite el recurso de revisión, por el Secretario judicial se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un plazo común de dos días para que presenten sus alegaciones por escrito,

transcurrido el cual el Juez o Tribunal resolverá sin más trámite. Contra el auto resolutorio del recurso de revisión no cabrá interponer recurso alguno.

El régimen de recursos frente a las resoluciones de los Secretarios judiciales dictadas para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia y para la realización de la medida cautelar real de embargo prevista en los artículos 589 y 615 de esta Ley, será el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

- iv. Y en la jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 102 bis.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuyo tenor:

“2. Contra el decreto resolutorio de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea”.

Cabe apreciar del tenor literal de los preceptos previamente expuestos que son **idénticos en cuanto a su fundamento y pretensión**, y muchos en su literalidad, siendo además fruto todos ellos de la misma finalidad buscada por nuestro legislador: la **descarga de trabajo de nuestros Jueces y Tribunales delegando en los Letrados de la Administración de Justicia las labores no jurisdiccionales**.

Pues bien, en relación con este último artículo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional planteó cuestión interna de inconstitucionalidad del artículo, que quedó resuelta por medio de la **Sentencia de 17 de marzo de 2016 en virtud de la cual se acordó la inconstitucionalidad del citado precepto**.

El supuesto de hecho parte de una Diligencia de Ordenación dictada por el Letrado de la Administración de Justicia de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid. En dicha resolución se señalaba la celebración del juicio oral tres años después de la fecha en la que se notificó dicha resolución.

Frente la referida Diligencia de Ordenación, el demandante presentó recurso de reposición, que fue desestimado mediante Decreto del Letrado de la Administración de Justicia. El motivo del recurso: entender que, acordándose la celebración del juicio con una margen de tres años, se estaría vulnerando su derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

De conformidad con el artículo 102 bis.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, alegado por el Letrado de la Administración de Justicia en su resolución, ya no cabía recurso alguno.

Sin embargo, dicho Decreto resolutorio del Recurso de Reposición fue objeto de Recurso de Amparo por parte del allí demandante al considerar agotados todos los medios impugnatorios previstos en las normas procesales **sin haber existido revisión alguna del Decreto vulnerador, a su juicio, de sus derechos fundamentales**.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional admitió a trámite el Recurso de Amparo y finalmente, tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal, planteó cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con aquel concreto precepto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *“que priva al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del Juez una cuestión como la presente, que afecta a un derecho fundamental constitucionalmente protegido”*.

Concretamente, el recurrente consideró que, como en el presente caso, el artículo podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que excluye la posibilidad de que el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelve el Recurso de Reposición contra sus propias Diligencias de Ordenación sea revisado por el Juez o Tribunal a través de un recurso directo de revisión.

Y es que, se privaría por tanto al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano jurisdiccional una cuestión que afecta a un derecho fundamental como consecuencia de la desatención del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, declaró por unanimidad la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del artículo 102 bis. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por entender **que la ausencia de revisión por un Juez o Tribunal de algunas de las decisiones que, tras la implantación de la nueva oficina judicial, recaen en exclusiva en los Letrados de la Administración de Justicia lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE y el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 de la CE**.

Literalmente, a este respecto dice:

“...incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrante del poder judicial. El precepto cuestionado, en cuanto excluye del recurso judicial a determinados decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia cercena, como señala el ATC 163/2013, FJ 2, el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribu-

nal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses legítimos, pudiendo afectar incluso a otro derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas."

La repetida sentencia precisa además que, hasta que el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al Decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión a que se refiere el propio artículo 102 bis).2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Aunque la Sentencia de 17 de marzo de 2016 del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se refiere directamente al concreto precepto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la idéntica regulación legal en el resto de jurisdicciones, incluso en su dicción, nos lleva a concluir que **la identidad de razón del supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional debe resolverse con igual criterio respecto al resto de preceptos, permitiendo el recurso ante el Juez que tenga la competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído la resolución de cualquier resolución dictada por el Letrado de la Administración de Justicia.**

En el ámbito penal, merecedor de mayores garantías que el resto de jurisdicciones, la Ilma. Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 6 de junio de 2016, consideró –erróneamente a nuestro juicio– que los efectos de aquella Sentencia del Tribunal Constitucional no se pueden extender a otros ámbitos; en concreto al del artículo 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹.

El Auto de la Sala de 6 de junio de 2016, se inicia con la lectura del Preámbulo de la citada Ley 13/2009 y, en concreto, de la distribución de las competencias entre el Juez y el Letrado de la Administración de Justicia que lleva a cabo dicha Ley; cuyo principal objetivo es que el Juez o Tribunal centre sus esfuerzos en la labor juzgadora y ejecutora encargándose al Letrado de la Administración de Justicia las competencias de tramitación de los litigios.

Para la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **constituye una "quiebra" que un Letrado de la Administración de Justicia resuelva lo concerniente a un derecho fundamental sin posibilidad de revisión por el Juez**, que es el supuesto del que partió la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, expone, que no se corresponde con el caso examinado ya que en el mismo la Diligencia de Ordenación inicial se limitó a un aspecto procedimental que no afectaba a ningún derecho fundamental.

Ello no quiere decir, a nuestro juicio, que el artículo no carezca del mismo vicio de inconstitucionalidad que el preceptuado en Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; sino que únicamente, en dicho supuesto, no se trataba de resolver una cuestión que afectase a un derecho fundamental.

A falta de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por nuestros Jueces y Tribunales, quizá al no haber apreciado en los supuestos evaluados la afección de ninguna garantía constitucional del justiciable, solo queda esperar para comprobar, dada la identidad de contenido de los artículos previamente referenciados, la inconstitucionalidad de los mismos.

1 Referencia SEPIN nº SP/NOT/859 y, en menor medida, esa misma Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por medio de Auto de 15 de noviembre de 2016, al entender que no se afectaba a derechos fundamentales, desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a una Providencia del Juzgado Instructor que inadmitía a trámite el recurso de revisión frente al Instructor de la causa tras la desestimación por medio de Decreto de los recursos interpuestos frente al Letrado de la Administración de Justicia.



Al socio minoritario no se le puede imponer cobrar su crédito recibiendo más participaciones sociales

Ángel Ruiz

Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha aclarado que no resulta posible que unos socios mayoritarios le impongan a un socio minoritario que capitalice su crédito sin que haya manifestado su consentimiento individual para ello.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre de 2017) se refiere a un aumento de capital por compensación de créditos que fue acordado por unanimidad en una junta general convocada y celebrada ante presencia notarial. Los dos administradores mancomunados que promovieron la operación y que fueron los únicos asistentes a la junta eran los socios mayoritarios titulares conjuntamente del 66,66 % del capital social.

Tal y como se propuso en el informe del órgano de administración, se acordó que el valor nominal de las nuevas participaciones sociales creadas en el aumento se desembolsara mediante la compensación parcial del derecho de crédito del que era titular la socia minoritaria que, a pesar de haber sido debidamente convocada, no había asistido a la junta.

Los administradores mancomunados, representando a la sociedad que acordó el aumento, presentaron un recurso contra la calificación negativa del Registro Mercantil que había impedido la inscripción de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales. La Dirección General ha confirmado la calificación de la Registradora, con apoyo en

los argumentos que ya fueron utilizados en la Resolución de ese Centro Directivo de 30 de noviembre de 2012 (BOE de 19 de diciembre de 2012).

El argumento fundamental consiste en que este tipo de operaciones no dejan de ser un negocio jurídico entre la sociedad y el acreedor aportante y que, para la celebración de ese acuerdo, se requiere el consentimiento de ambas partes, con lo que el consentimiento expreso o tácito del aportante es esencial para su existencia. Y en la Resolución analizada se indica que la socia titular del crédito objeto de compensación no emitió su consentimiento puesto que ni siquiera asistió a la junta general en la que se adoptó el acuerdo.

También precisa que no hay que confundir el informe del órgano de administración sobre la operación, con el acuerdo de la junta general sobre la misma ni con la decisión del socio de asumir las nuevas participaciones sociales creadas porque la propuesta contenida en el informe no garantiza el acto colectivo consistente en la adopción del acuerdo, ni este último garantiza la acción individual de acudir al aumento.

En la Resolución se recuerda que, conforme al artículo 312 de la Ley de Sociedades de Capital, la obligación de desembolso del valor nominal surge precisamente cuando se asumen las participaciones sociales, y que no hay que confundir la adopción de un acuerdo con su ejecución, de ahí que en la normativa se regulen expresamente las consecuencias derivadas de la ejecución incompleta de los aumentos de capital (artículo 310 y 311 LSC).

Finalmente la Dirección General considera que la sociedad no puede obligar a un acreedor a cambiar su posición



La Resolución analizada no se pronuncia sobre la posibilidad de imponer la capitalización de créditos en el ámbito concursal o en las propuestas de convenio dirigidas a los acreedores, cuestión polémica que también tiene su incidencia a la hora de calificar el concurso como culpable.

jurídica sin su consentimiento, no se le puede convertir forzosamente en socio de la sociedad deudora ni se le puede obligar a aumentar su participación en la misma, haciendo desaparecer un pasivo exigible de la compañía.

Resulta preciso aclarar que la Resolución analizada no se pronuncia sobre la posibilidad de imponer la capitalización de créditos en el ámbito concursal, por ejemplo en los acuerdos de refinanciación de deuda (apartado 3º de la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal) o en las propuestas de convenio dirigidas a los acreedores (artículo 100.2 LC), cuestión polémica que también tiene su incidencia a la hora de calificar el concurso como culpable cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de sus créditos (artículos 165.2 y 172.2.1 LC).

El contenido de la Resolución es coherente con la normativa societaria aplicable ya que la principal obligación del socio consiste en el desembolso del valor nominal de las participaciones sociales que libremente asuma, sin que ni siquiera se le puedan imponer prestaciones accesorias distintas de las aportaciones al capital sin el consentimiento individual del socio que fuera a resultar obligado a llevarlas a cabo (artículos 86 y 89 LSC).

La DGRN recorta la autonomía de la voluntad en el régimen estatutario de mayorías reforzadas en la junta y el consejo

Ana Vázquez
Departamento de Corporate / M&A

La negativa de uno de los registradores de Madrid a inscribir una escritura pública de modificación de estatutos sociales ha llevado a que la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronuncie, en respuesta al recurso presentado ante tal denegación, sobre ciertos límites a la autonomía de la voluntad para establecer el régimen de mayorías reforzadas en la Junta y en el Consejo, mediante la Resolución del 16 de octubre de 2017.

La resolución ahora comentada deriva de la calificación negativa de una escritura que contenía los preceptos estatutarios modificados de una determinada sociedad anónima, por considerar que dos de sus artículos adolecían de ciertos defectos y contradicciones.

El primero de los artículos se refería a las mayorías reforzadas en el Consejo y reclamaba, para la aprobación de determinadas materias, el voto favorable de ocho consejeros cuando el órgano podía, según los estatutos, estar formado por entre cinco y quince miembros. Ante esto, el registrador consideró que la disposición estatutaria que determina el número de miembros del consejo "*queda vulnerada por el artículo 15 de los mismos estatutos que exige para la adopción de determinados acuerdos el voto de, al menos, ocho consejeros, pues esta última disposición es de imposible cumplimiento si el consejo lo integran menos de nueve consejeros*".

En su recurso, la parte recurrente alegó que la disposición referente al régimen de mayorías en el Consejo respondía a la autonomía de la voluntad de los accionistas, que pretendían que, en algunas materias concretas, de mayor relevancia e impacto para la sociedad, solo se pudiera adoptar el acuerdo con un quorum mínimo de, al menos, ocho consejeros. No habría contradicción con el artículo referente a la composición del Consejo, pues cosa distinta es, por un lado, los miembros que lo integran de, por otro, los votos que se requieren para adoptar ciertos temas. Consienten así en que, si no hay el quorum requerido, esas materias no se podrán votar.

Para el registrador, sin embargo, no era admisible sustraer al Consejo la competencia para adoptar acuerdos sobre determinadas materias especificadas en los estatutos. Al mismo tiempo, entendía que la fundamentación de la parte recurrente comportaba una limitación de las facultades representativas del órgano de administración, contraria a lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital.

Por otro lado, el segundo de los artículos estatutarios en cuestión establecía que "*en lo referente a la convocatoria, constitución, quórum, competencias, formas de deliberación y adopción de acuerdos, impugnación y actas, se estará a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. Se exceptúa de esta regla general, necesitándose para su adopción el voto favorable de accionistas que representen al menos el 60% del capital social, los acuerdos que tome la Junta General en relación con los siguientes aspectos [...]*".

La calificación negativa del registrador se sustentó en el hecho de que no se precisa si ese quorum o esa mayoría de la Junta para adoptar tales acuerdos es en primera o



El registrador admitió que la LSC permite reforzar o aumentar los *quórum*s y las mayorías para la adopción de acuerdos, pero añadió que ese margen de libertad tiene sus límites.

segunda convocatoria, debiendo cumplirse en todo caso lo previsto en el artículo 193 LSC. La parte recurrente consideró que el mencionado artículo estatutario no suponía una infracción de lo previsto en el artículo 193 de la LSC, pues "*es inequívoca la referencia que consta en los Estatutos Sociales, al remitirse a la ley en todas aquellas cuestiones que los mismos estatutos enumeran*", sin ser necesario, por ello, incluir si el quorum o la mayoría para adoptar acuerdos en la Junta es en primera o en segunda convocatoria.

El registrador admitió que la LSC permite reforzar o aumentar los *quórum*s y las mayorías para la adopción de acuerdos, pero añadió que ese margen de libertad tiene sus límites, ya que para la segunda convocatoria de la Junta de sociedades anónimas el quorum tiene que ser inferior al de la primera convocatoria y establecer el *quorum* para determinados acuerdos en un 60% no facilita la segunda reunión.

Finalmente, la Dirección General ha refrendado los argumentos del registrador y ha desestimado el recurso, confirmando la calificación negativa, lo que ha suscitado cierta polémica en torno a la posibilidad de que la DGRN pueda determinar como inválidas cláusulas estatutarias establecidas conforme a la autonomía de la voluntad, sin tratar de resolver de antemano el carácter ambiguo del precepto en cuestión por el procedimiento oportuno.

Nueva Sentencia del TJUE sobre traslado transfronterizo de domicilio de una sociedad de un Estado Miembro a otro

Tobías Kálnay
Departamento de Corporate / M&A

En la Sentencia C-106/2016 de 25 de octubre de 2017 (caso Polbud) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre un traslado de domicilio de una sociedad de Polonia a Luxemburgo sin cambiar el lugar del ejercicio de la actividad económica y sin trasladar la sede efectiva.

El TJUE ya había reconocido en las sentencias *Cartesio* y *Vale* que la libertad de establecimiento permite trasladar el domicilio a otro Estado dentro de la UE. Pero ese traslado también implica el cambio del tipo social, dado que una sociedad no sólo modifica su domicilio, sino que también se somete a las leyes del país de destino adoptando, en consecuencia, un nuevo tipo societario.

Cartesio establece que una sociedad que traslada su domicilio a otro Estado miembro no puede mantener el régimen del Estado de origen; pero sí permite el traslado adoptando el régimen del país de destino. *Vale* impide al Estado de destino rechazar la inscripción de una sociedad originaria de otro Estado miembro, aunque el Estado de destino puede exigir el cumplimiento de los requisitos propios para la constitución.

La sentencia Polbud analiza cómo afectan al traslado intra-europeo los puntos de conexión que establecen los Estados miembro de la UE. Estos pueden ser de constitución, es decir, no se exigen otros requisitos que los meramente formales de constitución y registro en el Estado miembro, o de sede real o efectiva, exigiendo también que la sede

real o la actividad económica de la sociedad se encuentren dentro del Estado miembro. Corresponde al Derecho de cada Estado determinar el punto de conexión.

En este caso, la junta general de la sociedad polaca Polbud Wykonawstwo ("Polbud") acordó trasladar el domicilio social a Luxemburgo, aunque dicho acuerdo no mencionaba el traslado de la dirección empresarial ni del lugar del ejercicio efectivo de la actividad de la sociedad. Polbud solicitó al Registro Mercantil competente la inscripción del inicio del procedimiento de liquidación de la sociedad, procedimiento que se inscribe sin mayor inconveniente designando un liquidador.

En 2013, Polbud ejecuta el acuerdo de traslado de domicilio social sometiendo al Derecho luxemburgués, y cambiando la denominación de la sociedad a Consoil Geotechnik Sàrl, todo ello sin perder la personalidad jurídica.

Solicitada la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil polaco, este la deniega por no aportar los documentos de liquidación y disolución, obligatorios para la cancelación de una sociedad en Derecho polaco.

La sociedad recurre alegando que, puesto que se había trasladado a Luxemburgo, no se había disuelto, ni sus activos se habían repartido entre los socios, continuando la personalidad jurídica bajo Derecho luxemburgués.

El Tribunal Supremo polaco (*Sąd Najwyższy*) plantea varias cuestiones prejudiciales al TJUE: (i) si la libertad de establecimiento es aplicable al traslado únicamente del domicilio social de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado, cuando se transforme en una sociedad regida por el



El hecho de establecer el domicilio (social o efectivo) de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado Miembro para disfrutar de una legislación más ventajosa no constituye, por sí sólo, un abuso de Derecho.

Derecho del Estado de destino sin trasladar su sede real; y (ii) si la legislación polaca, correspondiente al Estado de origen, que requiere la liquidación de la sociedad para registrar el traslado es compatible con la libertad de establecimiento.

Según el TJUE, la libertad de establecimiento se reconoce a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social y/o centro de actividad principal se encuentre en la Unión Europea, y comprende el derecho de la sociedad a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro. El traslado se permite siempre que se cumplan los requisitos para la constitución y los puntos de conexión de una sociedad con el ordenamiento nacional en el Estado de destino. Si se respeta el criterio del Estado de destino en relación con los puntos de conexión de la sociedad con el ordenamiento jurídico, el traslado está protegido por la libertad de establecimiento, aun cuando la sociedad ejerza la totalidad de sus actividades económicas en el Estado de origen.

El hecho de establecer el domicilio (social o efectivo) de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado Miembro para disfrutar de una legislación más ventajosa no constituye, por sí sólo, un abuso de Derecho.

La segunda cuestión plantea si es compatible con la libertad de establecimiento que la legislación del Estado de origen exija liquidar la sociedad para registrar el traslado. A este respecto, el TJUE señala que la liquidación de una sociedad incluye, entre otros, la terminación de las operaciones en curso, el cobro de créditos, la satisfacción o garantía de los derechos de los acreedores y el reparto del patrimonio social entre los socios. Todos estos aspectos

pueden obstaculizar la transformación transfronteriza de la sociedad. Por ello, el TJUE concluye que exigir la liquidación restringe la libertad de establecimiento.

El Tribunal Supremo polaco, basándose en jurisprudencia del TJUE, alegó que es posible restringir la libertad de establecimiento por motivos de interés general, argumentando que la exigencia de liquidación responde a la protección de los intereses de los acreedores y de los socios minoritarios, siendo esto reconocido por el TJUE como razones de interés general.

No obstante, el TJUE establece que la restricción a la libertad de establecimiento por motivos de interés general debe ser adecuada y proporcional para alcanzar su objetivo. El Tribunal concluye que existen medidas menos restrictivas, como por ejemplo la imposición de garantías bancarias, que podrían salvaguardar estos intereses. En consecuencia, concluye que la liquidación de la sociedad es una medida desproporcional no aceptable como restricción a la libertad de establecimiento.



Hacia unas mayores potestades administrativas para decidir sobre el cierre de centrales eléctricas

José María Pernas
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Gobierno ha remitido a la CNMC el proyecto de Real Decreto que regula el cierre de centrales eléctricas, donde se amplía la capacidad de la Administración de intervenir en la decisión de cierre en instalaciones de más de 50MW. Analizamos si dicha regulación cumple con el canon de proporcionalidad.

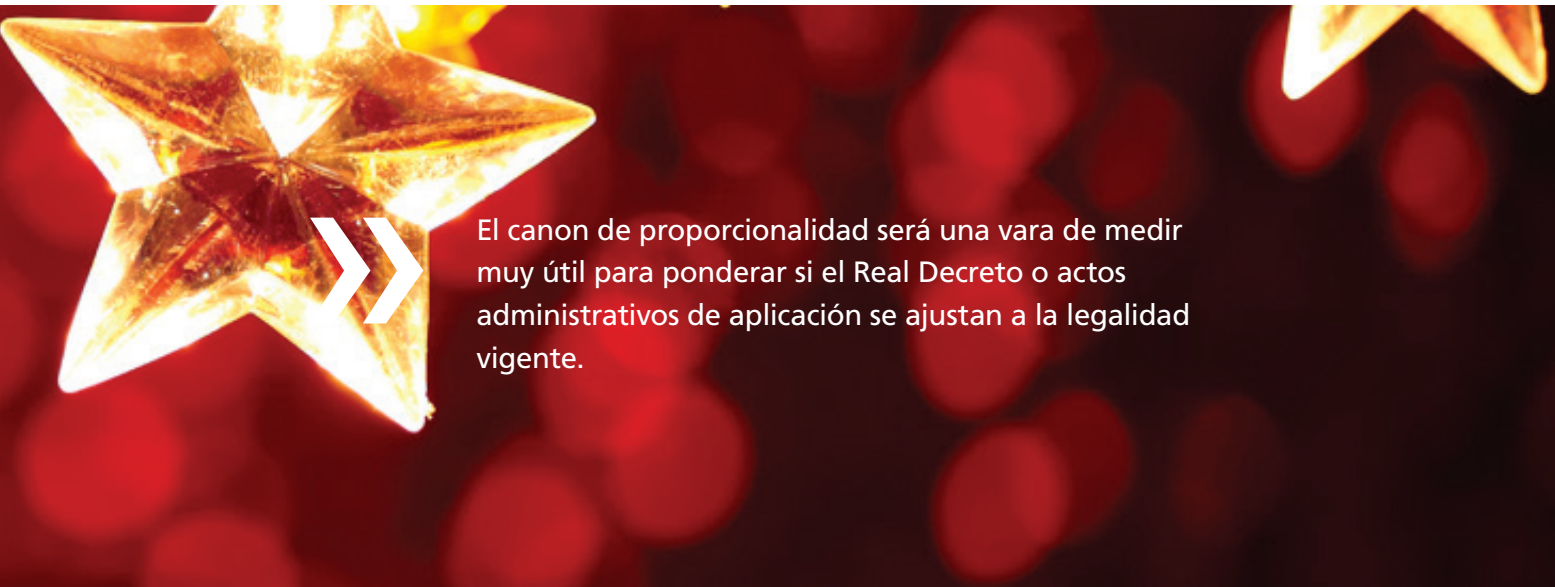
El Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital ha enviado a la CNMC el Real Decreto que regula el cierre de centrales eléctricas en España. El Gobierno justifica este nuevo instrumento normativa como una medida que asegurará que las decisiones de cierre de centrales son coherentes con los instrumentos de planificación energética y, de esta manera, son compatibles con los objetivos en materia de seguridad del suministro, sostenibilidad y precio de la energía.

A diferencia del régimen actual de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) y del RD 1955/2000, de 1 de diciembre, que solo contemplan la seguridad del suministro como razón para intervenir en el cierre de una central, la autorización del Ministerio de Energía se concederá tras valorar adicionalmente la coherencia del cierre con el cumplimiento de los objetivos medioambientales y del clima, así como la coherencia de los precios y la competencia del mercado eléctrico. Potestades pues amplísimas en las que la Administración podría ampararse para denegar el cierre.

De esta forma, se denegará el cierre de una instalación cuando amenace a la seguridad de suministro eléctrico o a la seguridad del abastecimiento de materias primas, así como cuando suponga efectos desfavorables en los precios de la electricidad, en la competencia en el mercado eléctrico y en el cumplimiento de los objetivos en la planificación de energía y clima vigente. Solo el titular de la instalación podrá solicitar la autorización administrativa de cierre correspondiente ante la Dirección General de Política Energética y Minas. Junto a la solicitud, deberá adjuntar varios documentos, como una memoria justificativa en la que se detallen las circunstancias técnicas, económicas, ambientales o de cualquier otra índole que fundamenten el cierre, información técnica de la instalación y un plan técnico y económico de desmantelamiento.

Una vez recibida la solicitud, el Ministerio de Energía solicitará a REE, Enagás y CNMC los correspondientes informes que valorarán el eventual cierre. El Ministerio, teniendo en cuenta los informes, resolverá la autorización o denegación de la solicitud. En caso de denegación de la solicitud, el titular de la instalación deberá continuar con la actividad por sí mismo o transmitir la instalación a un tercero, lo que podrá hacer si así lo desea mediante una subasta regulada por el Real Decreto.

El proyecto de Real Decreto establece como ámbito de aplicación las instalaciones de producción de energía eléctrica de potencia superior a 50 MW, con independencia de su tecnología, por ser aquellas que requieren autorización del propio Ministerio para su operación conforme al marco competencial de la LSE. Las centrales de menor tamaño se regirán por el marco de autorización propio de las Comunidades Autónomas.



El canon de proporcionalidad será una vara de medir muy útil para ponderar si el Real Decreto o actos administrativos de aplicación se ajustan a la legalidad vigente.

Es preciso analizar brevemente si dicho marco normativo respeta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual *“Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”*. A su vez el artículo 15.3.c de la Directiva 123/2006, de Servicios del Mercado Interior, dispone que la proporcionalidad es uno de los principios básicos que deben cumplir los requisitos que se impongan al ejercicio de las actividades económicas.

En este caso se podría argumentar que las centrales eléctricas pueden funcionar en virtud de una autorización administrativa que no establece un tiempo mínimo de funcionamiento, y que por tanto una vez autorizada esa instalación solo sería proporcional impedir su cierre si verdaderamente afecta a la seguridad del suministro de forma inmediata y no supone una medida discriminatoria respecto a otros casos. Existen fundamentos jurídicos para plantear que no se ajusta a este canon de proporcionalidad el otorgamiento de potestades tan amplias a la Administración para intervenir en el cierre de centrales, pues el futuro Real Decreto ni siquiera obliga a la Administración a realizar una prueba exhaustiva de que no puede adoptar otras medidas para garantizar el suministro (medida menos restrictiva), que eviten intervenir en el cierre de una instalación.

Y sobre todo, en el conflicto entre el cierre o no de una instalación, además de que resultaría necesario que la Administración acreditase que no hay otras medidas menos restrictivas para garantizar el suministro, la coherencia de los precios o la competencia en el mercado eléctrico, también debería ponderarse cómo contribuye no autorizar el cierre de una instalación a los objetivos de lucha contra el cambio climático exigidos por las Directivas y que es previsible que se desarrollen en la futura Ley de Cambio Climático que está en tramitación. Además, hay que tener presente que el artículo 53.7 de la LSE regula de modo restrictivo la potestad de intervención en el cierre (*“únicamente podrá denegar la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos en la normativa aplicable o cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”*), trasunto del mencionado principio de proporcionalidad.

Hay que esperar a la versión definitiva del Real Decreto, pero sin duda el canon de proporcionalidad será una vara de medir muy útil para ponderar si el Real Decreto o actos administrativos de aplicación se ajustan a la legalidad vigente.



Hechos y datos

- **74 oficinas**
- **68 ciudades**
- **> 1.000 socios**
- **> 4.500 abogados**
- **> 7.500 empleados**
- **Facturación:** 1.050 millones de euros (2016)
- **42 países:**
 - Países europeos:** Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.
 - Fuera de Europa:** Arabia Saudí, Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Hong Kong, Irán, Emiratos Árabes Unidos, México, Marruecos, Omán, Perú y Singapur.
- **Firmas que componen CMS:**
 - CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)
 - CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)
 - CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)
 - CMS Cameron McKenna (Reino Unido)
 - CMS Carey & Allende (Chile)
 - CMS DeBacker (Bélgica)
 - CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)
 - CMS von Erlach Poncet (Suiza)
 - CMS Grau (Perú)
 - CMS Hasche Sigle (Alemania)
 - CMS Pasquier Ciulla & Marquet (Mónaco)
 - CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)
 - CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)
 - CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

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)



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, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Medellín, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law