

Referencias Jurídicas

Mayo 2016, 2ª quincena

Artículos de fondo

Corporate / M&A

Las multinacionales españolas frente al Brexit. Algunas reflexiones3
Fco. Javier Arias

Media for equity9
Agustín del Río

Posts jurídicos

Corporate / M&A

¿La inasistencia de todos los administradores a la junta general de una sociedad limitada es causa de nulidad de la misma?12
Irene Siurana

La fecha de la obligación y su relevancia respecto a la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales14
Celso Méndez

Bancario y Financiero

La DGRN establece un límite objetivo a los intereses ordinarios16
Marta González

Público y Sectores Regulados

El mito de Sísifo gallego: el TSJ de Galicia anula la adjudicación del actual concurso eólico18
José María Pernas y Jaime Almenar

El Tribunal Supremo acuerda limitar la extensión máxima de los escritos de casación 20
David Porras

Aval de la Audiencia Nacional a las resoluciones del FROB sobre las quitas22
Eduardo Martínez

Otra vez las viviendas vacías24
María Guinot y Félix Alarcón

Procesal

La responsabilidad extracontractual: prescripción, culpa y carga de la prueba26
María Fernández-Daza y Luis Javier Vidal

Competencia y UE

Sobre el riesgo de alegar la caducidad de los expedientes sancionadores de la CNMC28
Aida Oviedo y Patricia Liñán

Propiedad industrial e Intelectual

La UE apuesta por la seguridad: aprobada la directiva que regula el registro de pasajeros aéreos (PNR)30

Eva Cassinello y Blanca Cortés

Tributario

Denegación de aplazamiento y cómputo de plazos de pago de las deudas tributarias32

Antonio Montero

Laboral

Responsabilidad solidaria por deudas salariales en sucesiones de contratas: evolución jurisprudencial34

Rubén López y Jaime Silva

Las multinacionales españolas frente al Brexit. Algunas reflexiones

Fco. Javier Arias

El próximo 23 de junio se celebrará en el Reino Unido un referéndum sobre su permanencia en la Unión Europea. Al margen de las cuestiones políticas y económicas, su posible salida (el conocido como *Brexit*) provoca numerosas incertidumbres de naturaleza estrictamente jurídica. El presente trabajo aborda algunas de ellas, desde una perspectiva mercantil. Se trata de hacer una primera aproximación a un escenario que, en todo caso, está dominado por la incertidumbre. No solo se duda del resultado, sino que ni siquiera se conocen con claridad las consecuencias derivadas del posible abandono del Reino Unido, en lo que a su impacto normativo se refiere.

1. Planteamiento

El próximo referéndum sobre la permanencia de Gran Bretaña en la UE está generando un considerable desasosiego general. Como cualquier escenario de ruptura radical con los paradigmas preexistentes, la salida de la UE de uno de los Estados miembros más significativos en términos de peso económico y trascendencia política constituye un evento cuyos efectos son difíciles de anticipar. Esta incertidumbre sobre lo que nos deparará el futuro, en caso de que finalmente los votantes británicos favorables a la salida superen a los de la permanencia, explica la cantidad de tiempo dedicado a analizar qué situación puede esperarse en ese escenario. Por razones evidentes, no puede realizarse aquí un análisis profundo de los efectos del *Brexit*, sus riesgos o soluciones, ni siquiera desde la limitada

perspectiva de sus implicaciones mercantiles. Se trata de una cuestión de tal amplitud que resulta difícilmente abarcable en un documento de estas características. De hecho, casi podría decirse que es difícilmente abarcable en términos absolutos. En el presente documento, por tanto, se tratarán algunas cuestiones de manera selectiva.

Puede omitirse la contextualización del problema, la explicación del significado del término *Brexit* y la exposición del proceso que ha terminado desembocando en la encrucijada ante la que nos encontramos ahora todos los europeos, por ser cuestiones que a estas alturas son ya conocidas. Sí conviene advertir, en un primer momento, que el análisis de una hipotética salida de Gran Bretaña de la Unión Europea no debe hacernos olvidar que esta mera



posibilidad ya ha provocado efectos. Políticamente, esta posibilidad es lo que explica el compromiso alcanzado en el Consejo Europeo de mediados de febrero, para garantizar un estatus especial del Reino Unido en la UE, que consolida definitivamente la Europa de dos velocidades y va a provocar, incluso en el caso de que el resultado sea favorable a la permanencia en la UE, alteraciones no menores en algunos de sus principios más relevantes.

El grado de importancia de la actividad o de los negocios que se desarrollen en o con Gran Bretaña afecta de forma significativa al modo en que una salida de este país de la UE repercuta en una determinada empresa. La relevancia del proceso no puede ser la misma para una pequeña empresa, que mantiene algunos lazos comerciales con clientes ingleses, que para una multinacional que, además de esos lazos, realiza actividad en el Reino Unido, de manera directa o a través de una sociedad filial. Por razones obvias, en este último caso, la salida de la UE le afectará de manera mucho más intensa. Sin embargo, podríamos decir que se trata de una cuestión de intensidad y que no obedece tanto al tipo de negocio desarrollado, como a las dimensiones de la empresa y al grado de conexión con Gran Bretaña.

2. Efectos generales sobre las normas internas del Reino Unido

La amplitud material de la actividad normativa de la UE (no hay una estadística sobre el número de normas comunitarias en vigor, pero no hay duda de que es impresionante) hace que los efectos de la salida de uno de sus miembros, desde el punto de vista regulatorio, sean de muy amplio espectro. Es imposible siquiera aproximar el número de normas que se verían afectadas. De hecho, los cálculos son prácticamente

inviabiles, entre otras cosas por el modo de definir el término “norma”. Pero hay estudios que sugieren que hasta el 50% del derecho británico tendría origen en la norma europea (los datos para otros países, como Alemania –es un Estado federal y ello influye en el cálculo porque el estudio correspondiente no incluía las normas emanadas de los Länder– lo elevan hasta el 80%¹). Sin exponer en detalle el sistema del derecho comunitario, es necesario un desarrollo mínimo más detallado de algunas cuestiones generales para valorar la relevancia inmediata del cambio.

Como es conocido, el valor normativo interno de las normas comunitarias difiere según su naturaleza, lo que hace que el impacto sobre ellas de la eventual salida de uno de sus miembros no sea homogéneo. Conviene compartir algunas ideas básicas, sin perjuicio de advertir de que, como ya se ha indicado, buena parte de las conclusiones son inseguras, porque dependerán, en última instancia, del modo en que se concretase un eventual proceso de negociación y la relación posterior entre la UE y Gran Bretaña.

Hay cierta seguridad en el hecho de la salida supondría que dejara de aplicarse en el Reino Unido lo que se ha dado en llamar el derecho originario, es decir, los tratados constitutivos de la UE. Actualmente, serían el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este efecto, como luego veremos, tiene una especial importancia, en tanto que este último tratado contiene previsiones concretas de singular relevancia en el plano mercantil.

¹ <https://fullfact.org/europe/uk-law-what-proportion-influenced-eu/>

El mismo efecto entendemos que se va a producir con relación a las normas de derecho derivado que son de aplicación directa en los Estados miembros. Nos referimos, sobre todo, a los Reglamentos comunitarios, cuya validez normativa a nivel nacional es inmediata, pero que depende de la pertenencia a la UE (o, alternatively, de su voluntaria adopción como derecho interno por un país que no sea miembro). El ámbito de aplicación de los reglamentos, como es sabido, es enormemente amplio y abarca la práctica totalidad de ámbitos en los que la UE tiene competencia legislativa. Como en el caso del derecho originario, el hecho de que el *Brexit* pueda afectar inmediatamente a la vigencia de los reglamentos comunitarios en el Reino Unido tiene particular importancia. Sin perjuicio de que nos ocuparemos de las implicaciones de alguno en especial, repárese en que son reglamentos comunitarios los que regulan el tratamiento de las insolvencias transfronterizas [Regl (UE) 2015/848], el sistema europeo sobre el derecho aplicable a los contratos y a las obligaciones extracontractuales (Roma I [Regl (UE) 593/2008 y Roma II [Regl (UE) 864/2007]], el de las marcas comunitarias [Regl (UE) 207/2009] o el del reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil [Regl (UE) 1512/2012].

Más allá de todo lo anterior, puede afirmarse que el efecto inmediato de la salida de Gran Bretaña de la UE se diluye significativamente, en términos jurídicos, a medida que se consideran otras fuentes normativas o cuasi normativas emanadas de Bruselas. Esta conclusión tiene especial interés desde el punto de vista de las directivas, que requieren una norma de incorporación específica en los Estados miembros. Las que ya están incorporadas cuentan, por tanto, con una legislación nacional en Gran Bretaña que, en principio y con reserva de cómo se desarrollara realmente el proceso de abandono y el impacto a nivel puramente interno del país, hay que entender que seguirán en vigor. Solo cabría matizar que, una vez fuera de la UE, el Reino Unido no se vería comprometido por la interpretación uniforme de las previsiones, de modo que sus tribunales podrían separarse en sus decisiones de los criterios interpretativos emanados de las instituciones comunitarias y, en especial, de las sentencias del TJUE. Además, huelga decir que la salida de la UE permitirá al Reino Unido recuperar la autonomía legislativa en las materias a las que se refieran las directivas comunitarias. Haga uso de ella, o no, en el corto plazo, es una cuestión que no puede anticiparse; pero hay un cierto consenso en la posibilidad de que en el medio y largo plazo se haga uso de esa autonomía, separándose progresivamente la regulación británica de la comúnmente aplicable en la UE.

De todos modos, la situación final dependería, sencillamente, de los términos en que acabase concretándose la relación entre el Reino Unido y la Unión Europea, lo que puede llevar más tiempo de los dos años en los que, según el art. 50 del TUE debería resolverse la salida definitiva².

² Según el estudio realizado por el think tank Open Europe, los procesos de negociación de acuerdos de libre comercio suelen durar entre cuatro y diez años (<http://openeurope.org.uk/intelligence/britain-and-the-eu/guide-to-brexit/>).

Atendiendo al reciente informe de Analistas Financieros Internacionales, los posibles modelos de relación pueden ser los siguientes:

- **Noruega (acuerdo con un país de la EEA):** Esto permitiría al Reino Unido tener acceso al mercado común y también libertad para establecer acuerdos de libre comercio con terceros países. Sin embargo, esta opción supondría tener que plegarse a la normativa y estándares comunitarios como ya ocurre actualmente, aunque con una considerable pérdida de influencia sobre el proceso normativo. Concretamente, el Reino Unido tendría que cumplir la normativa actual y las libertades de tránsito de productos, bienes y personas; con poca capacidad de reducir la inmigración. Además, también tendría que contribuir al presupuesto de la UE; con lo que podríamos calificar este acuerdo como una “pertenencia descafeinada” a la Unión, con una menor carga regulatoria a coste de una también menor capacidad de influencia.
- **Suiza (acuerdo bilateral):** Esta clase de acuerdo permitiría al Reino Unido mantener acceso al mercado común de forma selectiva en aquellas áreas en las que esté dispuesto a adoptar la correspondiente regulación de la UE. El Reino Unido tendría que negociar su acceso a los distintos mercados uno a uno (incluyendo los servicios financieros, un área no negociada aún por Suiza). Además, es de esperar que el Reino Unido fuera la parte débil en estas negociaciones, aunque por otro lado el país también ganaría autonomía legislativa y libertad para firmar más acuerdos de libre comercio con terceros. Esta opción equivaldría a establecer un gran acuerdo de libre comercio.
- **Acuerdos puntuales de libre comercio:** Una variante del modelo suizo sería establecer acuerdos de libre comercio más puntuales, en los que el Reino Unido ganase entrada sólo a determinados mercados (por ejemplo, servicios financieros), con lo que en el resto podría incrementar su autonomía normativa y no tendría que plegarse a la regulación comunitaria. La clave estaría en lo que el Reino Unido pudiera aislarse de esta regulación y en la voluntad de la UE de permitir al Reino Unido acceso a su mercado.
- **Cláusula nación más favorecida:** El Reino Unido podría buscar una independencia total de la UE y operar bajo la cláusula de la nación más favorecida. En este escenario, se aplicarían los aranceles propios de la Organización Mundial de Comercio (OMC), pero el Reino Unido estaría completamente liberado de la regulación comunitaria.”³

³ Brexit: el próximo reto para la Unión Europea, Analistas Financieros Internacionales.

3. Reguladores sectoriales y autoridades de competencia

El modo en que la salida de Gran Bretaña podría afectar a las compañías que operan en sectores regulados o, más ampliamente, a la relación con los organismos reguladores o de competencia es, quizás, más intenso. Este efecto puede concretarse en los siguientes aspectos:

A. Introducción del interés nacional en las decisiones de los reguladores y las autoridades de competencia

El marco comunitario de referencia garantiza que las decisiones de las autoridades nacionales no puedan considerar los intereses nacionales. Bien sea porque la cuestión debe someterse directamente al órgano comunitario, bien porque sea susceptible de control ulterior por las instituciones comunitarias, existen restricciones, explícitas o implícitas, que se derivan de la integración en una entidad supranacional.

El hecho de que el interés nacional se diluya en esta materia por efecto de la integración en la UE tiene otra derivada interesante. Desde el punto de vista de política jurídica, no solo es que el interés nacional puede pasar a un segundo plano en la decisión. Además, como suele ponerse de manifiesto, provoca un equilibrio entre las distintas visiones políticas que se integran en la UE. Una parte de las incertidumbres asociadas a un posible *Brexit* radica en el efecto que puede tener en el contrapeso que el Reino Unido produce en las políticas comunitarias, frente a países mucho menos favorables a las políticas de libre mercado y, por tanto, más favorable a un mayor grado de intervención estatal⁴.

Cuál sería el efecto final desde esta perspectiva es difícil de valorar. Sin embargo, si el punto de partida es cierto, es posible que se produzcan ciertos resultados. Así:

- i. Las particularidades nacionales y las urgencias políticas británicas tendrán un papel determinante en las decisiones de los órganos reguladores y de su autoridad de competencia. Ello no necesariamente debe valorarse siempre como negativo, pero sin duda cambiará el paradigma existente, obligando a considerar de forma más intensa la situación en el Reino Unido cada vez que se tome una decisión y no desde la perspectiva de su influencia en un mercado común europeo.
- ii. La tensión entre dos modelos distintos en cuanto al papel de la economía y del mercado, ahora diluida en el seno de la UE por la mutua compensación, podría agudizarse con la autonomía británica respecto de las decisiones comunitarias, lo que derivaría en

planteamientos regulatorios y, quizá, en decisiones distintas de los organismos supervisores o regulatorios. Anticipar el futuro es siempre arriesgado, pero la salida del modelo liberal del Reino Unido podría reforzar el peso de los defensores de una mayor intervención estatal. ¿Podría eso suponer una polarización entre un Reino Unido fuera de la UE y una UE sin él? Es difícil asegurarlo, pero es una hipótesis que no resulta descabellada.

B. No aplicación de las normas comunitarias en materia de competencia

La importancia de las normas de competencia en la construcción europea explica la intensa preocupación por resolver los problemas de competencia y coordinación entre las distintas jurisdicciones. La falta de reglas de coordinación entre autoridades de competencia añadiría una complejidad añadida a cualquier expediente en esta materia, por la obligación de lidiar además, desde la salida de Gran Bretaña con la *Competition and Markets Authority*, que ya no estará sometida a las reglas comunitarias en cuanto a la coordinación de los expedientes. Huelga decir que por expedientes no nos referimos solo a los sancionadores, sino que incluyen también los expedientes de control sobre las concentraciones empresariales.

A ello se añadirá la posibilidad de que se produzcan divergencias normativas, que incluso ahora no son desconocidas en el derecho de la competencia, pero que se podrían agudizar, no solo en el detalle sino también desde la perspectiva de los principios y los objetivos generales. El hecho de que el núcleo principal de la normativa de competencia se encuentre en el derecho originario (arts. 101 y sigs. TFUE) y en normas de aplicación directa (reglamentos de exención, Regl UE 1/2003, por ejemplo), podría atribuir a la salida un efecto inmediato en esta materia, pues, a salvo del acuerdo o de las reglas internas que se crearan, estas normas dejarían de ser automáticamente aplicables en el ordenamiento británico.

De nuevo, es imposible adivinar lo que sucedería en el medio y largo plazo, pero una cierta divergencia en las normas de derecho de la competencia no puede descartarse automáticamente. Conviene recordar que, a pesar del progresivo acercamiento, las normas estadounidenses mantienen aún peculiaridades de política jurídica y no se puede olvidar la mutua relación existente entre EE.UU. y el Reino Unido. La divergencia, de producirse, incrementaría los costes de cumplimiento para las sociedades con presencia significativa en la UE y en Gran Bretaña.

⁴ Como advierte el informe sobre el Brexit elaborado por FAES, "Habría efectos más prácticos que podrían determinar la dirección a tomar por la UE. La ausencia del Reino Unido de las votaciones con mayorías cualificadas de la UE otorgaría una mayor influencia a los Estados proteccionistas, ya que podrían formar más fácilmente una minoría de bloqueo, mientras que los aliados naturales del libre comercio del Reino Unido, como Alemania, los Países Bajos, Suecia y otros ya no la lograrían."

4. Algunas cuestiones de carácter societario

En los análisis sobre el *Brexit* suele destacarse, como efecto principal para las empresas que cuentan con filiales en suelo británico, la posible pérdida de valor derivada de la devaluación de dichas filiales en el caso de que, con la salida de la UE, tuviera lugar una depreciación de la libra esterlina. Este resultado, sin embargo, no es seguro y depende de los diferentes escenarios que se pueden contemplar en cuanto a los efectos económicos⁵.

Sí hay más seguridad en el análisis de las consecuencias desde el punto de vista de la regulación societaria. Cualquier empresa multinacional desarrolla su actividad recurriendo a filiales situadas en diferentes países. La presencia internacional provoca necesidades particulares que, en el caso de la UE, se simplifican por efecto de la regulación uniforme. Es obvio que si el Reino Unido abandona la UE, se perderán las ventajas correspondientes. De nuevo, podríamos referirnos a multitud de aspectos, pero creemos que hay dos muy destacables

4.1. Libertad de establecimiento y facilidades inherentes al régimen societario comunitario

Un primer efecto relevante es el modo en que se alterará la movilidad de las sociedades y su reconocimiento. Sin ánimo de exhaustividad, pueden hacerse algunos apuntes.

- (i) La libertad de establecimiento es una de las libertades básicas del derecho comunitario. Cualquier sujeto tiene libertad para establecerse en cualquier lugar de la UE para el desarrollo de una actividad económica, sin que pueda ser discriminado por razón de la nacionalidad. La forma en que esta libertad de establecimiento ha sido concretada en el ámbito societario tiene que ver con el reconocimiento de las sociedades domiciliadas en el extranjero, con independencia de que el desarrollo de sus actividades económicas no se realice en el Estado en que está domiciliada.

El argumento ha beneficiado notablemente al Reino Unido. Desde la conocida sentencia Centros (y otras posteriores, como *Überseering* o *Inspire Art*), no hay ninguna duda de que no puede imponerse a una sociedad la domiciliación en el país en el que tenga lugar el principal desarrollo de sus actividades. Ello permite que una sociedad pueda tener su domicilio (y, por tanto, su nacionalidad y, por tanto, sujetarse al derecho de ese estado) en cualquier Estado miembro, debiendo reconocerse como sujeto con plena capacidad en la totalidad de la UE (con frecuencia, el problema se ha planteado en estos términos de capacidad procesal o para ser titular de bienes registrados).



Este principio y su ejecución, que no solo ha sido ventajoso para Gran Bretaña, sino también para las sociedades mercantiles, depende estrictamente de la condición de Estado miembro. Consecuentemente, el abandono de la UE por el Reino Unido comprometerá inevitablemente la situación para todas las sociedades que, constituidas en este país, desarrollen su actividad principalmente en otros países dentro del territorio de la UE sin Gran Bretaña.

- (ii) Un segundo aspecto, muy vinculado con el anterior, es el modo en que el *Brexit* afectará a la movilidad internacional de las sociedades existentes. El traslado de domicilio social al extranjero es una decisión societaria de particular relevancia, que puede llegar a afectar al propio reconocimiento de la personalidad jurídica. Cuando el traslado se produce dentro del territorio de la UE, el planteamiento difiere, precisamente como consecuencia de la libertad de establecimiento. Nada impide a una sociedad domiciliada en un estado miembro trasladar su domicilio a otro, incluyendo ahora al Reino Unido, más allá de ciertas reglas de protección de los socios. Sin embargo, la situación cambiará radicalmente si este país sale de la UE. Desde entonces, se generarán dificultades no menores en esos casos. Por usar el ejemplo español, entraría en juego la norma que supone la extinción de la sociedad a falta de una norma del Estado receptor que permitiera expresamente el mantenimiento de la personalidad jurídica. En España solo se reconoce para sociedades procedentes del Espacio Económico Europea.

⁵El informe El Brexit: un desafío para todo el continente elaborado por la fundación FAES, tomando datos del Think Tank Open Europe calcula el impacto probable sobre el PIB británico de entre entre -0,8% y +0,6% (el cálculo original puede verse en <http://openeurope.org.uk/intelligence/britain-and-the-eu/what-if-there-were-a-brexit/>)

(iii) Un último punto en el que la salida de la Unión Europea puede tener un efecto significativo es en los procesos de fusiones y concentraciones. La existencia del proceso de armonización comunitario explica la existencia de reglas que simplifican las modificaciones estructurales transfronterizas, cuando estas no superan el territorio comunitario. La simplificación reduce significativamente la complejidad de estas operaciones y, por tanto, sus costes. Todas estas ventajas se perderán en los procesos de concentración que incluyan una sociedad española y una británica. En un paso más allá (y al margen del escaso éxito actual de la figura), no será posible el empleo de la Sociedad Europea con el régimen uniforme ahora existente gracias al Reglamento comunitario que las regula. En su constitución solo pueden participar sociedades domiciliadas en un Estado miembro y con una vinculación efectiva con la economía de un Estado miembro.

4.2. Régimen fiscal de la repatriación de beneficios

La existencia de filiales en otros países presenta el problema específico del tratamiento fiscal del flujo de los beneficios obtenidos en las filiales a la matriz (repatriación de beneficios). Se trata de una situación en la que es necesario realizar un análisis en dos niveles distintos: el de la sociedad que distribuye el dividendo y el de la sociedad receptora del dividendo distribuido. Como veremos, en un primer análisis, las consecuencias del Brexit en este plano son, de nuevo, las que derivan de la incertidumbre sobre la evolución futura de la normativa. Actualmente, todo parece indicar que la salida de Gran Bretaña no debería tener efectos negativos inmediatos.

(i) Desde la perspectiva de la sociedad que distribuye dividendos (retención en la fuente), el régimen aplicable sería el del país de la fuente de la renta, es decir, Reino Unido para las filiales de sociedades españolas allí radicadas. En principio, la distribución de dividendos en

este contexto no parece sometida a tributación en Gran Bretaña y esa regla no parece condicionada a la residencia de las entidades beneficiarias en un Estado miembro. Desde esta perspectiva, el *Brexit* no supondría una alteración en el régimen actual, salvo la eventualidad (imposible de concretar) de que, con ocasión de la salida, se produzca una revisión de las normas aplicables, actualmente en consonancia con el principio comunitario de la libertad de circulación. No puede descartarse, en este sentido, que se pudieran introducir retenciones en origen no aplicables hasta la fecha, como resultado de que la salida de Reino Unido implicaría la no obligación de cumplir con los principios comunitarios, como por ejemplo y de nuevo, el de libertad de circulación.

(ii) Por lo que se refiere a la sociedad que recibe el dividendo, es decir, la matriz española, éste pasa a integrar el resultado de la entidad y, como tal se sujeta a tributación por el Impuesto sobre Sociedades. Actualmente, dichos dividendos estarían exentos de tributación (exención para evitar la doble imposición internacional - artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 noviembre) presumiendo el cumplimiento, entre otros, de dos requisitos básicos: (i) un porcentaje de participación (directo o indirecto) del 5%, y (ii) un periodo de mantenimiento de la participación mínimo de un año (la participación debe haberse tenido de forma ininterrumpida durante el año anterior a la fecha en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, posteriormente durante el tiempo necesario para completar el plazo del año). Se trata, en ambos casos de condiciones independientes de la pertenencia a la UE de la sociedad de la proceden los dividendos integrados en la renta de la entidad receptora de éste. Su aplicación, por tanto, no se vería afectada por el *Brexit*.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.



Media for equity

Agustín del Río

El *media for equity* o publicidad por capital supone que una sociedad lleva a cabo una ampliación de capital que otra empresa suscribe mediante una aportación no dineraria consistente en derechos de uso de determinado espacio publicitario.

Alternativamente puede configurarse también como un aumento de capital mediante compensación de créditos generados tras disfrutar, y no abonar, la empresa publicitada de los referidos derechos de uso de espacio publicitario.

Si bien el *media for equity* puede aportar más utilidades que otras simples aportaciones no dinerarias, así como algunas dificultades concretas, permite reflexionar sobre la posibilidad de desarrollar fórmulas mercantiles que superen los mecanismos de inversión tradicional y que supongan una verdadera aportación de valor al cliente.

1. Introducción

El *media for equity* o publicidad por capital no es una fórmula de inversión novedosa. Viene siendo utilizada desde los años 90 en países como Alemania, Suecia o el Reino Unido, si bien es poco conocida en España a pesar de haber aumentado su uso en los últimos tiempos.

Uno de los últimos ejemplos en España que acreditan el buen resultado de esta fórmula es una conocida empresa de comida a domicilio de reducidas dimensiones que, a través del *media for equity*, publicitó recurrentemente su producto en horario prime televisivo, lo que le permitió aumentar notablemente su facturación en un reducido

espacio de tiempo para ser posteriormente vendida con sustanciosas plusvalías para sus fundadores y para las empresas de medios inversoras. No obstante, no es el único caso en España, pues otras empresas también han publicitado sus productos en horario prime televisivo gracias a esta fórmula.

Desde el punto de vista jurídico, y a grandes rasgos, supone que una sociedad lleva a cabo una ampliación de capital que otra empresa suscribe mediante una aportación no dineraria consistente en derechos de uso de determinado espacio publicitario. Alternativamente puede configurarse también como un aumento de capital mediante



compensación de créditos generados tras disfrutar, y no abonar, la empresa publicitada de los referidos derechos de uso de espacio publicitario. El interés radica en que un *media for equity* puede aportar más utilidades que otras simples aportaciones no dinerarias. No obstante, también comporta algunas dificultades.

Debe diferenciarse el *media for equity*, figura que es objeto de análisis en el presente artículo, del *media for revenue share*. En éste, en lugar de capital, el inversor que aporta la publicidad recibe parte de los ingresos de la sociedad publicitada durante un tiempo determinado. Así, mientras que en el *media for revenue share* se espera que la publicidad permita un aumento de ingresos de la empresa publicitada en el corto plazo, en el *media for equity* la expectativa de creación de valor es a medio o largo plazo.

2. Estructura

En la práctica el *media for equity* puede materializarse como una inversión directa de la empresa de medios en el capital de la empresa publicitada. No obstante, pueden también constituirse, con el objetivo de evitar confusión de actividades y compartimentar riesgos, vehículos inversores que son los que realmente realizan las inversiones en el capital de las empresas publicitadas mediante la aportación de derechos de publicidad sobre medios de comunicación (esta segunda fórmula también se conoce como *media for equity fund*).

El referido vehículo inversor permite la entrada de diversas empresas de medios, así como de otros inversores con aportaciones distintas, lo que a su vez permite diversificar el riesgo entre los distintos socios del vehículo, así como la posibilidad para el vehículo de tener un abanico más amplio de medios publicitarios a ofrecer.

3. Aspectos positivos

Más allá de los beneficios vinculados a la publicidad y a sus resultados, el *media for equity* tiene para las empresas publicitadas dos beneficios directos. Por un lado, permite darlas a conocer, no sólo frente a sus potenciales clientes, sino también frente a potenciales inversores (los cuales conocen la empresa gracias a la publicidad). Por otro lado, y

como consecuencia del gran impacto de los medios, permite un rápido desarrollo de su negocio, por cuanto el producto llega inmediatamente al gran público de manera directa. Estos dos elementos hacen que el *media for equity* sea especialmente interesante para las *start-up*.

Asimismo, el *media for equity* tiene también beneficios para las compañías de medios inversoras. Por un lado, éstas pueden incidir de forma directa en los anuncios que aparecen en sus espacios, no sólo en cuanto a contenido sino también atendiendo a otros factores como la duración y optimización de franjas desocupadas, por cuanto provienen de empresas participadas por ellas. Por otro lado, les permite obtener, además de la retribución del espacio publicitario mediante la percepción de acciones o participaciones de las empresas publicitadas, la potencial ganancia ante la eventual revalorización de estas empresas publicitadas (argumento –la potencial ganancia– que permite también a la sociedad publicitada negociar el precio de la publicidad ofrecida por debajo del precio que tendría de abonarse en efectivo su importe).

Desde el punto de vista societario, y consistiendo la operación en una aportación no dineraria, la exclusión de los derechos legales de preferencia en la suscripción de los socios de la sociedad publicitada podría no ser en principio necesaria.

4. Aspectos negativos

Es innegable que el *media for equity* puede plantear también determinadas dificultades. Por un lado, no parece ser una figura idónea para cualquier tipo de empresa sino que, como se ha señalado anteriormente, puede ser más adecuada para empresas *start-up* y, entre éstas, para aquellas cuyos productos van dirigidos al gran consumo. Por otro lado, es innegable que la potencial plusvalía de las empresas de medios en caso de revalorización de las acciones o participaciones de la empresa publicitada puede dar lugar también a una pérdida patrimonial como consecuencia del propio riesgo empresarial.

Otras posibles dificultades que la fórmula del *media for equity* puede plantear son las derivadas de la disyuntiva

entre el valor de la publicidad recibida y el valor de la compañía publicitada, la valoración de la calidad de la publicidad (especialmente en canales como Internet) o la evaluación y cuantificación de la publicidad efectivamente realizada, pues será el medio el que habitualmente dispondrá de mayor información y del control de métricas.

En línea con lo anterior, el *media for equity* puede plantear complejidades societarias y contractuales específicas. En principio, desde la regulación de las relaciones de sus socios como tales, no se perciben importantes diferencias con cualquier otra inversión en una compañía con pluralidad de socios. Pero la valoración de los derechos de publicidad aportados por los socios-medios de comunicación puede plantear problemas. En particular, tratándose de una aportación no dineraria surge un problema desde el punto de vista de la necesaria valoración del espacio publicitario que se cede, que siempre corresponde realizarlo a un experto independiente en el caso de una sociedad anónima y que, en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, puede generar una responsabilidad por el valor atribuido al derecho de uso del espacio publicitario. Las dificultades no se refieren tanto respecto de la valoración inicial, riesgo inherente a toda aportación no dineraria, sino por su fluctuación, dado que el valor de los derechos de publicidad para consumo futuro fluctúa por variables vinculadas a la audiencia. A estos efectos, cabe plantearse si la fórmula prevista (sólo para sociedades anónimas) en el artículo 297.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital podría resultar de utilidad, en la medida en que hubiera una delegación en los administradores para acordar, en una o varias veces, el aumento hasta una cifra determinada en la oportunidad y cuantía que ellos decidan, si bien sobre unos criterios pactados como, por ejemplo, en función de la audiencia del espacio en el que la publicidad se lleve a cabo. No obstante lo anterior, es cierto que el riesgo vinculado a

la fluctuación en la valoración puede solventarse si la publicidad es inicialmente consumida por la empresa publicitada, generándose una deuda de ésta frente al medio de comunicación que es posteriormente capitalizada (al amparo de lo previsto en el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, no con ello se soluciona totalmente el problema de la fluctuación, por cuanto la dificultad puede estar en la valoración del capital emitido por la empresa publicitada. Asimismo, el hecho de no disponer la empresa publicitada de unos derechos publicitarios concretos, sino de una deuda a convertir en capital una vez que la publicidad se consuma y valore, puede hacer más compleja la configuración contractual de la inversión por cuanto los derechos concretos a disponer serán de más difícil concreción.

A nivel contractual la dificultad también radicaría en la notable variedad de partes implicadas, considerando relaciones entre socios del vehículo inversor (que pueden ser competidores entre sí), inversiones del vehículo que pueden afectar de forma distinta a los citados socios inversores, inversiones en empresas publicitadas que pueden a su vez ser competidoras, así como otras dificultades que puedan derivarse por el hecho de tener el vehículo inversor, en su caso, sociedad gestora.

5. Conclusión

El *media for equity* no es sólo una figura que deba conocerse por sus indudables utilidades, sino que permite reflexionar sobre la posibilidad de desarrollar fórmulas mercantiles que superen los mecanismos de inversión tradicional y que supongan una verdadera aportación de valor al cliente.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.



¿La inasistencia de todos los administradores a la junta general de una sociedad limitada es causa de nulidad de la misma?

Irene Siurana
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo resuelve, en su sentencia de 19 de abril de 2016, sobre las consecuencias de la inasistencia de todos los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada a la Junta General de la misma. En su argumentación, el Tribunal Supremo enuncia asimismo los requisitos para que una Junta sea considerada universal y analiza la posibilidad de que los administradores asistan a la Junta por medio de representación.

La sentencia resuelve el caso de una junta de socios de una sociedad de responsabilidad limitada que fue impugnada por un socio minoritario, con motivo de la inasistencia a la junta de todos los administradores de la sociedad (quienes eran asimismo socios), si bien sí comparecieron personas a las que los administradores habían conferido su representación.

El Tribunal Supremo empieza su argumentación resolviendo una controversia accesorio que había surgido en primera y segunda instancia relativa al carácter universal de la Junta y aprovecha la oportunidad para enunciar las características propias de la junta universal, estableciendo que para que una junta sea universal: (i) no basta con que esté reunida la totalidad del capital social, sino que es precisa la decisión unánime de todos los socios de constituirse como tal; y (ii) no es necesario que exista un orden del día publicado previamente, pues los

procedimientos de convocatoria son obviados. En consecuencia, en el caso objeto de análisis, el Tribunal niega el carácter de universal de la junta, al haber sido previa y debidamente convocada.

En cuanto a la posibilidad de representación en Junta, los artículos 183 LSC (sociedad limitada) y 184 LSC (sociedad anónima) admiten que los socios puedan asistir a las juntas generales representados por otras personas. El Tribunal Supremo especifica en la sentencia de referencia que dicha representación solo puede conferirse en calidad de socio y no en calidad de administrador, puesto que la administración no puede ser ejercida por representante, concluyendo que la asistencia de los administradores a las juntas es una de sus competencias orgánicas que no pueden ser objeto de delegación mediante representación.

Entrando ya en las consecuencias de la falta de asistencia de los administradores a las juntas generales, la norma relevante es el art. 180 LSC, que establece el deber de los administradores de asistir a las mismas. Sin embargo, el Tribunal reconoce que el referido artículo no prevé ninguna consecuencia por el incumplimiento de dicho deber. En este sentido, argumenta que el legislador no previó que la consecuencia de dicho incumplimiento fuese la nulidad de la junta, por cuanto ello permitiría que la sola voluntad de un administrador pudiese determinar la validez de la junta, ya que le bastaría con no asistir a las mismas para viciarlas de nulidad.

El incumplimiento de dicho deber, tal y como confirma la sentencia de referencia activaría, todo lo más, el régimen de responsabilidad de los administradores, en la medida en que supone la infracción de una obligación legal (art. 236 LSC).



La regla general es que la ausencia de los administradores no puede calificarse como una causa de nulidad de la junta general. Sin embargo, el TS advierte que dicha regla general admite excepciones.

Sin embargo, a los efectos que nos ocupan, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que la regla general es que la ausencia de los administradores no puede calificarse como una causa de nulidad de la junta general. Sin embargo, advierte que dicha regla general admite excepciones en los casos en los que la ausencia de los administradores prive de forma decisiva a los socios de sus derechos.

En el caso objeto de análisis, el Tribunal llega a la conclusión de que se trata precisamente de uno de los supuestos excepcionales en los que sí procedería declarar la nulidad de la junta general, puesto que el orden del día preveía, entre otros puntos, la delegación en el consejero delegado para la suscripción de operaciones crediticias y novaciones de préstamos y la negociación para la liberación a los socios de avales personales en préstamos. La entidad de los referidos puntos del orden del día, y más tratándose ésta de una sociedad patrimonial, exigía un derecho de información reforzado de los socios, el cual fue cercenado por la inasistencia de los administradores. En todo caso, llama la atención que la sentencia no se limite a declarar la nulidad del acuerdo en cuestión para el que la información de los socios era esencial, sino que, como enunciado, opte por declarar la nulidad íntegra de la Junta, introduciéndolo como un supuesto excepcional ante una vulneración especialmente grave del derecho de información de los socios.

En este sentido, resulta pertinente mencionar que desde la última reforma de la LSC (que, en todo caso, no era aplicable a los hechos), el art. 197.5 LSC establece, aunque solo en relación con las sociedades anónimas, que la vulneración del derecho de información ejercido en el curso de la celebración de la junta no es causa de

impugnación de la misma. Sin perjuicio de ello, cabría valorar si este precepto sería de aplicación en un caso como el descrito, en el que el reproche jurídico es mayor, por cuanto no es solo que la información no haya sido correctamente facilitada a los socios durante la junta, sino que los administradores no han asistido siquiera a la misma, impidiendo de plano el ejercicio del derecho de información de los socios.

La fecha de la obligación y su relevancia respecto a la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales

Celso Méndez
Departamento de Corporate / M&A

Sentencia de 10 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo, relativa a la fecha relevante para determinar si una obligación es anterior o posterior al acaecimiento de la causa de disolución a efectos de responsabilidad de administradores por las deudas sociales.

La sentencia resuelve la controversia suscitada entre dos sociedades, que en el año 2006 firmaron un contrato de opción de compra sobre determinadas fincas. La principal especialidad de dicho contrato era la introducción de una condición resolutoria, que resultaría decisiva en la decisión final del Tribunal Supremo para la determinación de la fecha relevante.

En octubre de 2008 la titular de la opción, tras considerar que la condición resolutoria se había cumplido, decidió resolver el contrato y, de acuerdo con lo pactado en dicha condición resolutoria, reclamar la devolución de las cantidades que había entregado. Al no llegarse a un entendimiento se dirimieron las diferentes pretensiones ante los tribunales, que dieron la razón a la sociedad que ejerció la opción.

Confirmada, tras la firmeza de la Sentencia, la deuda, la condenada se encontró sin fondos suficientes para hacer frente al pago de la misma, lo que supuso que la sociedad acreedora acudiese a los juzgados de lo mercantil con el fin de reclamar dichas deudas a los administradores, con base en el artículo 367 de la LSC.

Pese a que dicha reclamación fue estimada íntegramente por el juez de lo mercantil, encontró distinto destino al ser presentado el recurso ante la Audiencia Provincial, que estimó que los administradores de la deudora no debían responder de las deudas reclamadas. La AP consideró, en concreto, que la aplicación del artículo 367 de la LSC y la consiguiente responsabilidad de los administradores de la sociedad incurso en causa de disolución no tenía cabida principalmente por los siguientes motivos: i) la causa de disolución había nacido al cierre del ejercicio 2008 (fecha en que los administradores habrían tenido conocimiento de la causa); mientras que ii) la fecha de la obligación a tener en cuenta debería ser la de la firma del contrato de opción, año 2006.

La acreedora presentó recurso de casación ante el TS defendiendo que la fecha relevante para la AP a los efectos de la responsabilidad de los administradores no era correcta, dado que la causa de disolución habría concurrido ya en 2006, es decir, con anterioridad a la fecha de la obligación de pago, fundamentando esta opinión en aspectos contables. Consecuentemente la acreedora defendía que los administradores de la deudora debían responder de las deudas sociales, de acuerdo con el artículo 367 de la LSC, puesto que el incumplimiento de los administradores de resolver las pérdidas o, en su caso, disolver la sociedad se remontaría mucho más atrás en el tiempo.

No obstante, el TS, a pesar de alejarse del razonamiento expuesto por la AP, desestimó el recurso interpuesto por la acreedora, concluyendo que los administradores de la deudora no debían responder de las deudas sociales, al considerar que no era de aplicación el referido artículo.



El contrato de opción constituiría la relación jurídica, mientras que la obligación de pago que nace fruto de la acción resolutoria supondría la obligación que deviene del contrato

El razonamiento seguido por el TS estriba principalmente en la esencial necesidad de diferenciar que el contrato de opción constituiría la relación jurídica, mientras que la obligación de pago que nace fruto de la acción resolutoria supondría la obligación que deviene del contrato. Consecuentemente, y en línea con lo anteriormente expuesto, el TS argumentó que puesto que las obligaciones de las que debe responder la deudora se corresponden con aquellas nacidas fruto del ejercicio de la acción resolutoria (octubre 2008) y no del nacimiento de la relación jurídica (2006), es la fecha del ejercicio de la acción (octubre 2008) y no la de la firma del contrato (2006), la que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si la obligación es anterior o posterior a la causa de disolución.

Por lo tanto y a modo de conclusión, el TS se limitó a poner luz sobre la determinación de la fecha relevante en aquellos contratos de opción donde se incluya una condición resolutoria, no entrando, sin embargo, a discutir la fecha del nacimiento de la causa de disolución que había sido fijada por la AP en el cierre del ejercicio de 2008.

Sin embargo, el TS no aprovecha la oportunidad para sentar precedentes o, cuanto menos, aclarar si los administradores de una sociedad pudieran o debieran haber conocido la causa de disolución antes del cierre del ejercicio social y, por tanto, determinar si ese momento sería el relevante (*dies a quo*) para que corriera el plazo de 2 meses en el que los administradores debieran actuar contra la causa de disolución o, en su caso, debieran responder por las obligaciones de la sociedad. Sino que lejos de aprovechar dicha oportunidad, el TS argumenta que el recurso de

casación tiene por finalidad la adecuada aplicación de las normas legales, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y no la supervisión de la adecuada aplicación de los principios o criterios contables.



La DGRN establece un límite objetivo a los intereses ordinarios

Marta González

Departamento de Derecho Bancario y Financiero

La DGRN ha establecido doctrina administrativa sobre la limitación objetiva de los intereses ordinarios en un préstamo hipotecario: no pueden ser superiores al interés moratorio contractualmente pactado.

En su resolución de 7 de abril de 2016, la DGRN confirma la nota de calificación de un préstamo con garantía hipotecaria emitida por el titular del Registro de la Propiedad número 3 de Alicante, desestimando el recurso planteado por la acreedora hipotecaria y declarando contrario a derecho, entre otros aspectos, el tipo de interés ordinario contractualmente pactado.

El origen del recurso es el otorgamiento por un particular de un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 40.000 € a otros dos particulares (uno de ellos, el hipotecante), con la participación de una entidad intermediaria sometida a las disposiciones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (**Ley 2/2009**). Entre las condiciones del préstamo, llamó la atención del registrador (por abusivo) el hecho de que los intereses ordinarios se establecieran en un 14,99% fijo anual, mientras que los intereses de demora se fijaban en “tres veces el interés legal del dinero” (10,50% en el momento de suscripción del préstamo).

La resolución parte de un análisis del marco legal aplicable a la operación. En especial, determina si procede aplicar

o no la extensa normativa en materia de protección de consumidores en operaciones de concesión de financiación con garantía hipotecaria. Sin perjuicio de que, atendiendo a la condición de persona física que, según se manifiesta en la escritura de hipoteca, no se dedica con habitualidad a la concesión de préstamos, en un primer momento se podría considerar excluida la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (**Ley 1/2007**), esta operación tiene, en opinión de la Dirección General, una serie de particularidades que justifican la aplicación de la citada Ley 1/2007, la Ley 2/2009 y la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Estas particularidades son: (i) la aportación de una oferta vinculante y de la ficha de información personalizada; (ii) la concurrencia de la empresa de intermediación; (iii) la remisión expresa a la Ley 1/2007 en la documentación precontractual; (iv) la ausencia de información sobre el prestamista real en la información precontractual, y (v) la forma de “contrato de adhesión” que adoptó el préstamo hipotecario.

La Dirección General parte de la premisa anterior, (aplicación de la Ley 1/2007) para llevar a cabo el ya habitual control de transparencia e incorporación sobre el tipo de interés en su condición de elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso. La aparente sencillez de un tipo fijo, sumado a la correcta información precontractual facilitada a los deudores, no plantea problemas. La Dirección General acierta al excluir del ámbito de sus facultades de control el de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, aunque sin duda apunta a la eventual consideración de los



En opinión de la Dirección General, la naturaleza disuasoria e indemnizatoria del interés moratorio hace que estos deban ser, por definición, necesariamente superiores a los intereses ordinarios.

intereses fijados en la operación objeto de recurso como usurarios.

No obstante, la resolución hace referencia a otros supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios. En opinión de la Dirección General, la naturaleza disuasoria e indemnizatoria del interés moratorio hace que estos deban ser, por definición, necesariamente superiores a los intereses ordinarios. Este criterio se justifica atendiendo a la proporción que, según la Dirección General y en referencia a “la Ley” deben mantener ambos intereses, en la medida en que “los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero”. Por tanto, confirma la nota de calificación del Registrador en este aspecto, denegando la inscripción de la hipoteca.

La normativa citada en la resolución establece una serie de techos a los intereses moratorios en distintos supuestos y siempre fija como base para el cálculo del tipo máximo permitido el interés legal del dinero o el interés remuneratorio contractualmente pactado, pero no hay indicación explícita respecto de la necesidad de que el interés moratorio sea superior al ordinario. Obviamente el caso objeto de recurso resulta, como poco, llamativo, pero cabe plantearse la duda de si esta estructura de intereses tan “peculiar” es realmente abusiva (porque de ello no resulta necesariamente un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en perjuicio del deudor/consumidor) o si, simplemente, entra dentro de la esfera de libertad de contratación.

A photograph of several wind turbines on the ocean under a blue sky with white clouds. The turbines are white with dark blades. The water is dark blue.

El mito de Sísifo gallego: el TSJ de Galicia anula la adjudicación del actual concurso eólico

José María Pernas y Jaime Almenar
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha anulado la resolución adjudicataria de potencia en el concurso eólico gallego, tras estimar parcialmente el recurso de la empresa Capital Energy, que quedó excluida del concurso por la Comisión de valoración.

1. Fundamentos destacados de la sentencia

La sentencia supone el enésimo revés para los concursos eólicos en Galicia, pues el actual Gobierno gallego había suspendido el concurso eólico adjudicado por el anterior Gobierno y esta suspensión fue declarada ilegal el año pasado por el Tribunal Supremo. El concurso eólico gallego parecer ser como la piedra que Sísifo debía empujar hacia la cima y que indefinidamente cae rodando valle abajo.

El TSJ considera que la puntuación de los proyectos no se ajustó a los criterios establecidos en la Orden que convocó el concurso de asignación de potencia y, como consecuencia, obliga a la “retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la oferta”.

En el concurso diseñado por el actual Gobierno gallego, de un total de 100 puntos posibles como máximo, las inversiones del plan industrial y el empleo comprometido representaban hasta 55 puntos. El resto se repartía entre el nivel tecnológico y la eficiencia energética de las instalaciones, las menores afecciones al paisaje, la cesión de las subestaciones a las que deberían evacuar los parques, los trabajos de restauración del terreno después de las obras, la posibilidad de repotenciar instalaciones

operativas, y “otros factores” como las inversiones en Ayuntamientos afectados, los planes energéticos de la propia Xunta y el pago de los terrenos.

Según el TSJ, la Comisión de evaluación actuó de forma “arbitraria y contraria al principio de igualdad” y vulnerado los principios de igualdad de trato y no discriminación, al aplicar la misma puntuación (la más baja) a todas las propuestas en relación al criterio referido a inversiones en sectores de carácter “estratégico y emergente”.

La Comisión mostró en su momento sus dudas sobre el significado de los conceptos de sector estratégico y sector emergente de las inversiones asociadas, que puntuaban en las valoraciones, por lo que acordó elevar una consulta al Conselleiro de Industria, pero ante el silencio de éste la Comisión decidió no valorar ese criterio y por ello otorgó la misma puntuación (1 punto) a todos los licitadores.

El TSJ entiende que la Comisión de valoración no motivó suficientemente la puntuación de ese criterio. Por ello considera que los evaluadores debieron presentar su renuncia, tal y como hizo uno de sus miembros, al no ser capaces de evaluar uno de los criterios contenidos en la Orden que convocó el concurso de asignación de potencia. El TSJ llega a decir en su fallo que de haber dejado desierto este baremo no habría lugar a recurso, pero que al puntuar debió haberse justificado.

2. Consecuencias para futuros concursos

Este pronunciamiento del TSJ es sin duda interesante para el futuro, pues veta la posibilidad de que una Comisión no valore suficientemente un criterio alegando



Según el TSJ, la Comisión de evaluación actuó de forma “arbitraria y contraria al principio de igualdad” y vulnerado los principios de igualdad de trato y no discriminación, al aplicar la misma puntuación (la más baja) a todas las propuestas en relación al criterio referido a inversiones en sectores de carácter “estratégico y emergente”.

desconocer su significado concreto. En este sentido impide que una Comisión pueda otorgar por dicha razón la misma puntuación a todos los licitadores, lo que obligará en el futuro a que dichas comisiones ponderen cada criterio de valoración sin poder excusarse en una duda interpretativa, o, en caso contrario, a que sus miembros presenten su renuncia. Supone por tanto una elevación en el grado de motivación que se exige a las decisiones de este tipo de comisiones.

En todo caso la sentencia no es firme, pues el Gobierno gallego ha anunciado que va a recurrirla en casación ante el Tribunal Supremo, de modo que la piedra de Sísifo gallega continúa su camino.

El Tribunal Supremo acuerda limitar la extensión máxima de los escritos de casación



David Porras
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Tras la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente a partir del próximo día 22 de julio, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo quedó habilitada para limitar la extensión máxima de los escritos de interposición del recurso de casación y de oposición a éste, y ha fijado dicho límite en un espacio equivalente a 25 folios.

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformó en profundidad el régimen jurídico aplicable al recurso de casación en vía contencioso-administrativa, regulación que entrará en vigor el próximo día 22 de julio.

Entre las muchas novedades introducidas, que suponen, en primer lugar, la ampliación de las resoluciones que puedan tener acceso al recurso de casación, destaca también la inclusión de un novedoso precepto que prevé la posibilidad de que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo regule, por vía de Acuerdo, la extensión máxima y otras condiciones específicas de carácter extrínseco, así como la forma de presentación por vía telemática, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.

Haciendo uso de esta habilitación, la Sala de Gobierno del Alto Tribunal aprobó por unanimidad el pasado 20 de

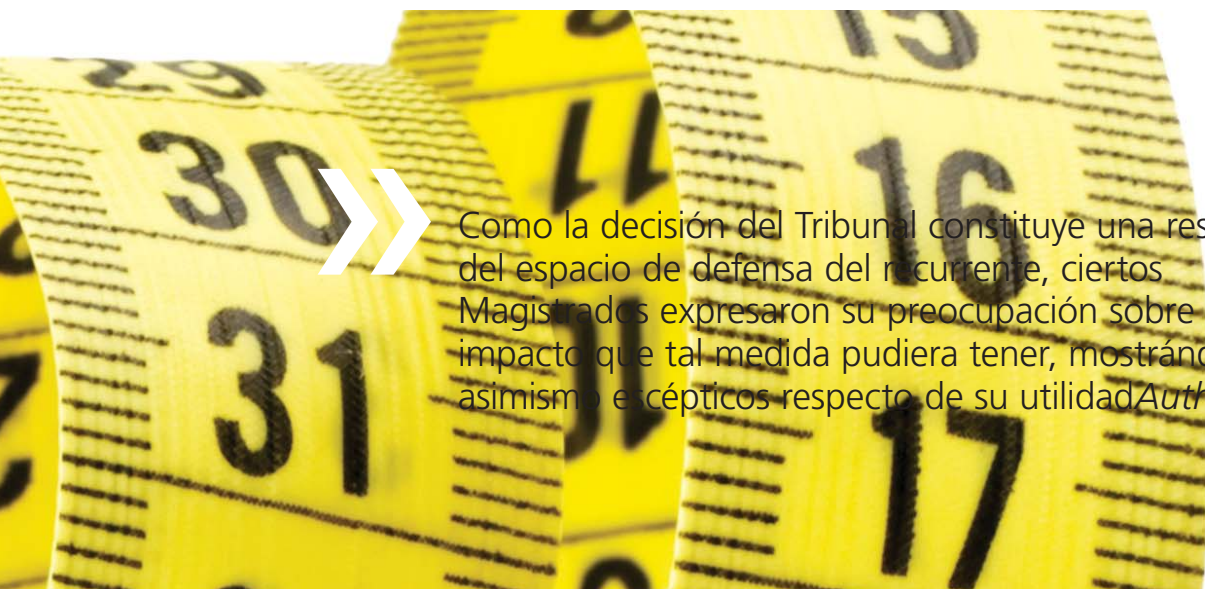
abril el “Acuerdo sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera”, cuyo contenido estará vigente a partir del próximo día 22 de julio.

En este Acuerdo, el Tribunal establece las reglas aplicables a los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación planteados en vía contencioso-administrativa, y hace públicos criterios relativos a los escritos de preparación y de oposición a la admisión de dichos recursos, con el carácter de meras orientaciones, ya que la ley no hace referencia expresa a éstos.

En relación con los escritos de interposición y oposición, el Alto Tribunal ha acordado limitar su extensión a 50.000 caracteres, espacio equivalente a 25 folios a una sola cara. Dicha extensión incluye igualmente las notas a pie de página, esquemas y gráficas que pudieran acompañarse al escrito. Adicionalmente, el Acuerdo prevé la observancia por el letrado de otra serie de elementos formales que han de ser respetados en el escrito, entre los que cabe destacar el tamaño y formato de la letra empleada, la amplitud de los márgenes utilizados o la propia estructura del escrito.

Respecto de los escritos de preparación y de oposición a la admisión de los recursos de casación, el Tribunal recomienda una extensión máxima de 35.000 caracteres, equivalente a 15 folios, límite que será igualmente aplicable a los escritos de alegaciones cuya evacuación fuera necesaria a lo largo del proceso.

La decisión de regular la extensión máxima de los escritos judiciales, así como otras de sus condiciones extrínsecas



Como la decisión del Tribunal constituye una restricción del espacio de defensa del recurrente, ciertos Magistrados expresaron su preocupación sobre el impacto que tal medida pudiera tener, mostrándose asimismo escépticos respecto de su utilidad^{Author}

ha supuesto una novedad en el ámbito jurídico español. Siendo una práctica cotidiana en otros Tribunales de nuestro entorno, tales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la regulación específica de la forma de los escritos judiciales supone una experiencia piloto en el caso español.

Nuestro Alto Tribunal, en el marco de las discusiones mantenidas para la adopción del Acuerdo regulador, mantuvo reuniones, entre otros, con representantes del Consejo General de la Abogacía Española, que tuvieron la oportunidad de mostrar su parecer y que finalmente manifestaron su conformidad respecto del contenido del Acuerdo alcanzado.

El Tribunal justifica la necesidad del Acuerdo, en primer término, en el propósito de facilitar la lectura, análisis y decisión en relación con los escritos presentados, hecho especialmente relevante habida cuenta del notable aumento de escritos que se espera tengan entrada en el Tribunal Supremo con motivo de la reforma, siendo objeto secundario establecer una estructura y formato uniformes con vistas a la presentación telemática y posterior tratamiento digital de los escritos.

Obviamente, como la decisión del Tribunal constituye una restricción del espacio de defensa del recurrente, ciertos Magistrados expresaron su preocupación sobre el impacto que tal medida pudiera tener, mostrándose asimismo escépticos respecto de su utilidad. En particular, se adujo que la reforma del régimen jurídico del recurso contencioso-administrativo aconsejaba que, con carácter previo a la inclusión de restricciones formales de los escritos de casación, se evaluaran las consecuencias reales derivadas de las modificaciones operadas.

Sin duda, sólo la práctica ordinaria que tendrá lugar a partir del próximo 22 de julio podrá arrojar luz sobre la idoneidad de las medidas planteadas. Los letrados, de modo absolutamente novedoso, deberán hacer valer el derecho de defensa de sus representados en espacios restringidos, lo que de todo punto supone un reto e implicará un esfuerzo de síntesis que, en todo caso, no debe generar una merma de las posibilidades de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

Aval de la Audiencia Nacional a las resoluciones del FROB sobre las quitas

Eduardo Martínez

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

La Sala Tercera de la Audiencia Nacional se ha pronunciado recientemente por vez primera sobre las quitas acordadas por el FROB a los tenedores de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada emitidos por las entidades de crédito sometidas a procesos de reestructuración o resolución apoyando la conformidad a Derecho de su actuación.

La Audiencia Nacional ha fijado recientemente su posición respecto a la actuación del FROB en relación a sus decisiones sobre la obligatoria asunción por los titulares de instrumentos híbridos de capital (entre los que se encuentran las famosas “preferentes”) y deuda subordinada emitidos por las entidades de crédito sometidas a procesos de reestructuración o resolución, de su “cuota” (quita) del coste del rescate de esas entidades. Esa posición ha sido de claro respaldo, habiendo sido rechazados la totalidad de argumentos esgrimidos por los recurrentes.

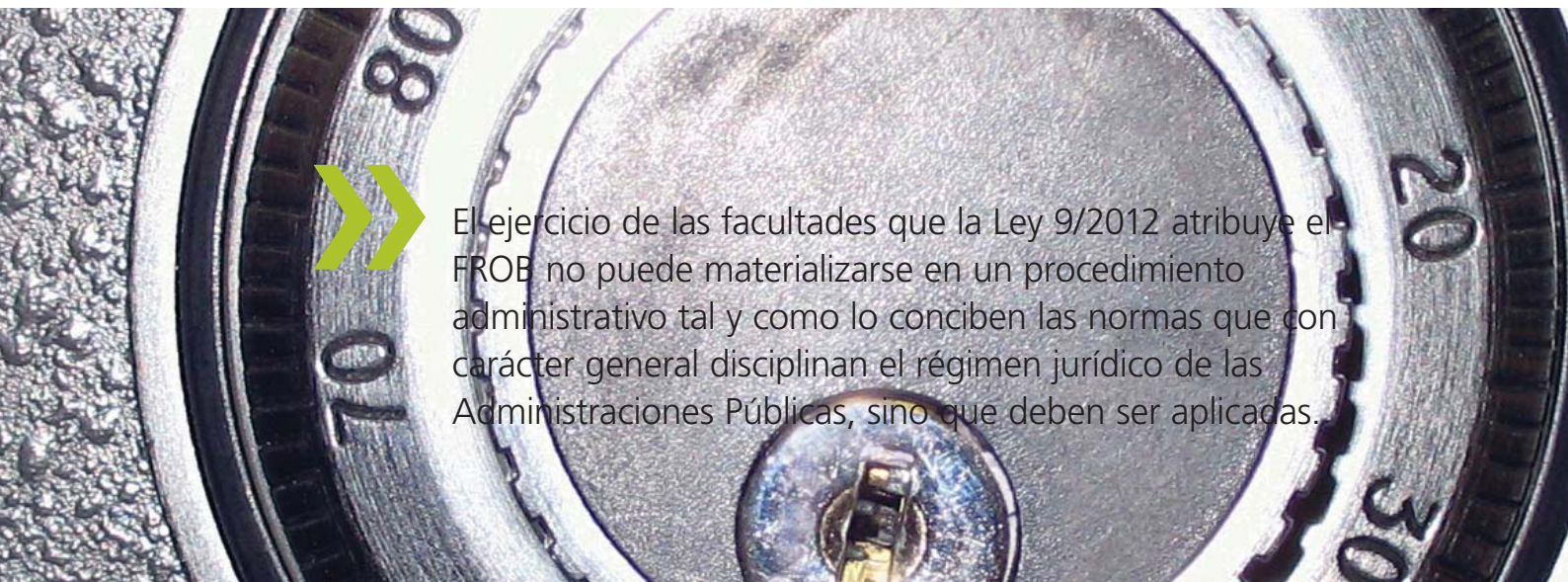
En efecto, a finales de abril, la Sala Tercera de la Audiencia Nacional ha dictado las primeras sentencias referidas a la impugnación por personas (físicas o jurídicas) o asociaciones (ADICAE) de las resoluciones de la Comisión Rectora del FROB sobre gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución de planes de reestructuración (caso Grupo BFA-Bankia, resolución de fecha 16 de abril de 2013, dos sentencias de 20 de abril) o de planes de resolución (casos de Catalunya Bank, S.A. y NCG Banco, S.A., resoluciones de 7 de junio de 2013,

sentencias de 21 y 28 de abril respectivamente). Resulta de gran interés el análisis de los ejes en los que se ha sustentado el razonamiento de la Sala en su posicionamiento en favor de la actuación del FROB.

En ese sentido, destacar que la Audiencia Nacional parte de la necesaria contextualización económica y, por supuesto, jurídica de las pretensiones planteadas por los recurrentes, antes de la valoración de las mismas. Y es que considera esencial hacer hincapié en la crisis financiera y su relevante impacto en las entidades de crédito, en los fundamentos de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como en el programa de asistencia a España para la recapitalización del sector financiero, a cuyo efecto se reforzaron los poderes de intervención del FROB.

Una vez contextualizada la situación, la Sala procede al análisis de las diversas alegaciones planteadas por los recurrentes, entre las que se encuentra la vulneración de casi cualquiera de los derechos o principios constitucionales que pueden ser utilizados frente a una resolución administrativa (principio de igualdad, seguridad jurídica, irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables, jerarquía normativa, tutela judicial efectiva, libertad de empresa, propiedad privada –expropiación antijurídica...), si bien únicamente destacaremos a continuación algunos de los que resultan más relevantes.

En ese sentido, aludir en primer lugar al importante razonamiento frente a la reiterada alegación sobre la posible existencia de una desviación de poder en el actuar del FROB, respecto a la cual la Sala deja claro que



El ejercicio de las facultades que la Ley 9/2012 atribuye el FROB no puede materializarse en un procedimiento administrativo tal y como lo conciben las normas que con carácter general disciplinan el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sino que deben ser aplicadas.

esa actuación se ha producido sin duda dentro del ámbito dispuesto por la Ley y es adecuada al cumplimiento de los objetivos que persigue en el seno de un proceso de reestructuración aprobado en su momento.

En segundo lugar, cabe destacar el razonamiento en cuanto a una posible vulneración del principio de jerarquía normativa por infringir el derecho comunitario y haber prescindido de cualquier intervención de los órganos sociales. Frente a ello, la Sala afirma que es el propio Consejo de la Unión Europea el que ha impuesto al Estado Español la obligación de activar medidas obligatorias de asunción de pérdidas, al margen de la voluntad de afectados, accionistas y acreedores y, en consecuencia, de la adopción de cualquier acuerdo por parte de los órganos correspondientes de las sociedades afectadas, que si bien hubiera sido necesario en situaciones normales, no en el presente supuesto donde la excepcionalidad marca la diferencia, excepcionalidad reconocida y justificada por la Unión Europea.

En tercer lugar, resulta relevante destacar el rechazo a que la actuación del FROB sea considerada como un ejercicio de una “verdadera potestad expropiatoria” sin contraprestación alguna, frente a lo cual la Sala también ha reaccionado firmemente. Así, ha manifestado que ninguna de las medidas adoptadas tuvo como finalidad expropiar a los recurrentes sino fijar el valor de la entidad y de los títulos de sus acreedores a efectos de su reestructuración ordenada ejecutando el Plan de recapitalización de la entidad.

En cuarto y último lugar, igualmente resulta de interés aludir a la argumentación utilizada frente a la alegada falta de observancia del procedimiento legalmente

establecido, en relación específicamente a la falta del trámite de audiencia a los interesados. Frente a ello, la Sala ha puesto de manifiesto que el ejercicio de las facultades que la Ley 9/2012 atribuye el FROB no puede materializarse en un procedimiento administrativo tal y como lo conciben las normas que con carácter general disciplinan el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sino que deben ser aplicadas las específicas normas previstas a nivel comunitario y nacional.

En definitiva, los pronunciamientos de la Audiencia Nacional han supuesto un claro respaldo a la actuación del FROB en su ardua tarea de resolución y reestructuración del sistema financiero español.



Otra vez las viviendas vacías

María Guinot y Félix Alarcón

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la ley catalana que establece un impuesto sobre las viviendas vacías, la última de las medidas autonómicas dictadas para reprimir la tenencia de inmuebles desocupados.

El Gobierno ha presentado recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, que han quedado automáticamente en suspenso como consecuencia de su admisión a trámite. Es la última de las normas autonómicas aprobada para penalizar o desincentivar el mantenimiento de las viviendas en estado de desocupación, si bien se trata de la primera que opta por la aplicación de medidas tributarias.

En los últimos años, varias Comunidades Autónomas, en el marco de sus políticas de vivienda, han aprobado distintas medidas supuestamente destinadas a “fomentar la función social de la propiedad” y dinamizar el alquiler. Al margen de cualquier iniciativa de fomento (ayudas o incentivos fiscales), estas políticas se han centrado en penalizar, de forma directa o indirecta, la tenencia de viviendas desocupadas, exclusivamente en aquellos supuestos en que la titularidad de las mismas corresponda a personas jurídicas, lo que supone un claro desincentivo a la inversión inmobiliaria en España en un momento en el que la captación de capitales es esencial para la consolidación de la recuperación económica.

Las medidas previstas han sido dos: de una parte, la expropiación de uso temporal de la vivienda en los casos de desahucio, y, de otra, las sanciones por la desocupación permanente por determinado plazo. En el caso de la normativa de Andalucía, ambas medidas han sido declaradas inconstitucionales por invadir las competencias estatales en materia de Derecho Civil, por incidir en el contenido esencial del derecho de propiedad, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia número 93/2015, de 14 de mayo. La posibilidad de imponer sanciones está también prevista en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, para el caso de desocupación superior a dos años, si bien esta norma continúa en vigor al no haber sido impugnada en su día, y a la espera de que algún Juzgado plantee cuestión de inconstitucionalidad con ocasión del recurso contra las sanciones que los Ayuntamientos están ya aplicando.

En esta línea, la ley catalana 14/2015 contempla por primera vez el establecimiento de un impuesto vinculado a la tenencia, exclusivamente por personas jurídicas, de viviendas desocupadas, siempre que esta situación se prolongue durante más de dos años a partir de su puesta a disposición del propietario en condiciones de ser ocupada, y que la desocupación se mantenga sin causa justificada (como pueden ser la existencia de litigio, la ocupación ilegal o la necesidad de rehabilitación). El objeto de este tributo es, según la propia definición legal, gravar el incumplimiento de la función social de la propiedad.

A primera vista, el establecimiento de una medida como la descrita sólo sobre personas jurídicas podría vulnerar la libertad de establecimiento al restringir la forma en la



Resulta cuanto menos dudoso que la desocupación de una vivienda sea una manifestación de riqueza distinta de la vinculada a su mera titularidad en contra del principio constitucional de capacidad económica.

que se ejerce una actividad económica sin justificación objetiva.

La base imponible del impuesto está constituida por el número de metros cuadrados de las viviendas de que es titular el sujeto pasivo y el tipo previsto es progresivo en función del tamaño.

Y la única bonificación prevista es la derivada de la cesión de viviendas a la Administración o entidades del tercer sector, o de su puesta a disposición en alquiler asequible en municipios de fuerte demanda.

Son muchas las dudas que plantea esta regulación, y, sin duda, la primera de ellas afecta a la delimitación misma del hecho imponible pues resulta cuanto menos dudoso que la desocupación de una vivienda sea una manifestación de riqueza distinta de la vinculada a su mera titularidad en contra del principio constitucional de capacidad económica.

Pero es que, además, existe un claro solapamiento de esta figura tributaria con el recargo de hasta el 50% previsto en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para el caso de desocupación de los inmuebles de uso residencial, en el ámbito en el artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, de modo que la ley autonómica podría incurrir en un supuesto de doble imposición prohibido por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Conviene destacar también que este recargo no puede aplicarse en la práctica puesto que el Estado no ha aprobado aún el desarrollo reglamentario que se exige para la fijación de la noción de vivienda vacía, tal y como

han declarado numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, al anular las ordenanzas que pretendían imponerlo (así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía número 840/2014, de 28 de noviembre, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sentencia número 535/2011, de 22 de julio).

Habrà que esperar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta norma, pero más allá de las dudas que suscita su legalidad, resulta evidente que este tipo de medidas tienen un claro impacto sobre la actividad económica, comportan un riesgo para las sociedades inmobiliarias, que a buen seguro se trasladará al comprador final de los inmuebles, y pueden desplazar las inversiones inmobiliarias a otros territorios autonómicos.



La responsabilidad extracontractual: prescripción, culpa y carga de la prueba

María Fernández-Daza y Luis Javier Vidal
Departamento de Derecho Procesal

Recientemente, en Sentencia de 18 de marzo de 2016, el Tribunal Supremo ha establecido que la presentación de denuncia interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual aunque la denuncia sea archivada. Asimismo analiza su doctrina relativa a la responsabilidad objetiva y subjetiva y a la carga de la prueba.

El acervo jurisprudencial que en materia de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual se ha ido fraguando con el tiempo, es copioso. La comentada sentencia declara, con claridad meridiana, la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual como consecuencia del ejercicio de la acción penal. Ésta trae su causa de la demanda interpuesta por D. Feliciano, quién un 9 de noviembre de 2008, al pisar un cristal roto, sufre un aparatoso corte en una conocida sala de fiestas de Madrid.

Ante los daños sufridos, de carácter impositivo y las secuelas derivadas del accidente, D. Feliciano, el 3 de julio de 2009 presenta denuncia contra el representante legal de la sala, si bien ésta es archivada. El motivo: la prescripción de la infracción penal. Frente a ello, interpone recurso de reforma, que es desestimado mediante auto de 10 de marzo de 2010, poniendo fin al procedimiento penal.

El 8 de marzo de 2011 interpone demanda contra la compañía titular de la explotación de la sala ejercitando

una acción de responsabilidad extracontractual. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, si bien, es revocada por la Audiencia Provincial acogiendo la excepción de prescripción extintiva de la acción alegada por el demandado.

El recurso de casación se funda en la interrupción del plazo de prescripción por medio del ejercicio de la acción penal. Éste es estimado por el Tribunal Supremo ya que como ha declarado en muchas ocasiones:

“La tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio”.

Quiere ello decir que, finalizado el proceso penal, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción civil se iniciará el día en que pudieron ejercitarse, esto es, desde la firma de la sentencia, del auto de sobreseimiento o del archivo de las actuaciones, siempre y cuando hubieren sido notificados debidamente, tal como establece el Código Civil. En este caso el Auto de 10 de marzo de 2010.

Ahora bien, se plantea el Alto Tribunal si dicho cómputo ha de iniciarse desde la firma de la decisión que ponga fin al procedimiento o desde su debida notificación. Pues bien, es precisamente ésta última desde cuando, a su juicio, debe computarse éste, siendo irrelevante la entidad de las actuaciones penales llevadas a cabo por el órgano de instrucción y la forma de terminación del procedimiento a los efectos de esta interrupción.

Matiza el Tribunal que ello será de aplicación siempre y cuando el perjudicado hubiera formulado la denuncia



Se plantea el Alto Tribunal si dicho cómputo ha de iniciarse desde la firmeza de la decisión que ponga fin al procedimiento o desde su debida notificación.

con anterioridad al transcurso de un año desde que hubiera recibido el alta médica de la lesión padecida, pues transcurrido tal plazo, la acción para la reclamación de responsabilidad civil extracontractual estaría prescrita. En este caso, el perjudicado recibe el alta el 18 de febrero de 2009 y presenta la denuncia el 3 de julio de 2009, por tanto no puede entenderse extemporáneo el ejercicio de la acción.

Aborda también la sentencia las controvertidas cuestiones de si la responsabilidad civil extracontractual es objetiva o subjetiva, el riesgo, el nivel de diligencia requerida y la distribución de la carga de la prueba, sintetizando de forma impecable las tesis esenciales de su doctrina. Éstas son:

- La creación de un riesgo no es suficiente para imponer responsabilidad, se requiere un elemento subjetivo o culpa, sin que pueda considerarse como prueba de la culpa un resultado dañoso.
- La apreciación de la culpa es una valoración jurídica derivada de la comparación entre el comportamiento causante del daño y de la diligencia requerida por el ordenamiento, atendidas las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
- El riesgo es un concepto graduable que determinará el nivel de diligencia exigible. La creación de un riesgo superior al normal por desempeño de una actividad peligrosa, exige una elevación de los estándares de pericia y diligencia.
- La imposición de la carga de la prueba puede venir determinada por el carácter anormalmente peligroso

de una actividad. En caso de que no pueda calificarse la actividad como anormalmente peligrosa, será necesario que una disposición legal expresa o que los principios de “disponibilidad y facilidad probatoria” así lo determinen.

- El tribunal podrá imputar al demandado la culpa del daño cuando por sus características especiales y conforme a una máxima de experiencia, el daño se produzca por impericia o negligencia.

En este caso considera que la sala no ha satisfecho la carga probatoria de que adoptó todas las medidas exigibles para reducir el riesgo de lesiones producidas por cristales rotos, impuesta por la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Por tanto, debe confirmarse la sentencia recaída en primera instancia.



Sobre el riesgo de alegar la caducidad de los expedientes sancionadores de la CNMC

Aida Oviedo y Patricia Liñán
Departamento de Competencia y UE

La CNMC impone a una empresa una sanción mayor que la que había impuesto en una resolución anterior por los mismos hechos y que fue anulada por caducidad.

Se acaba de hacer pública la resolución de la CNMC de 15 de diciembre de 2015 en el asunto Bodegas José Estévez. La resolución impone a la empresa Bodegas José Estévez una multa de 1,7 millones de euros por su participación en el cártel de los vinos de Jerez.

La CNMC ya había sancionado a esta empresa por los mismos hechos en 2010, pero la resolución de entonces fue anulada, al declarar la Audiencia Nacional la caducidad del procedimiento sancionador.

Esta nueva decisión tiene una gran relevancia por varias razones:

En primer lugar, la infracción objeto de la sanción terminó en 2008, mientras que la incoación del nuevo expediente sancionador no se produjo hasta 2014; es decir, transcurridos sobradamente los cuatro años que la Ley de Defensa de la Competencia establece para la prescripción de este tipo de infracciones.

Sin embargo, la resolución afirma que no hay prescripción. Esta afirmación se apoya en la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la caducidad del primer procedimiento sancionador pero que se manifestó expresamente acerca de la falta de prescripción de la infracción. La Audiencia Nacional

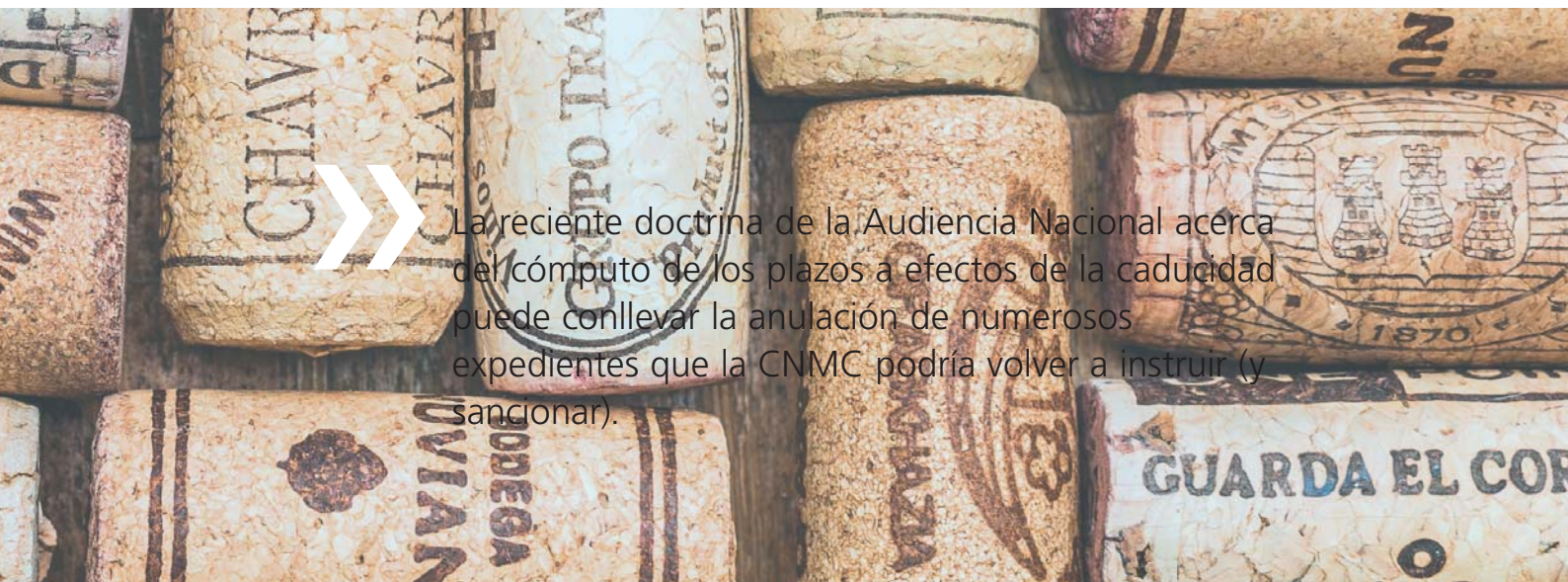
entendía que, si bien el procedimiento caducado no pudo interrumpir la prescripción (esto es doctrina asentada), sí lo hicieron los actos posteriores llevados a cabo por la Administración relacionados con aquel, como el envío por parte de la autoridad de la competencia de las instrucciones para proceder al pago de la sanción o la solicitud de medidas cautelares en vía jurisdiccional.

En nuestra opinión, esta interpretación que la Audiencia Nacional hace de las normas sobre interrupción de la prescripción en materia de competencia plantea serias dudas. De hecho, a día de hoy, la sentencia se halla recurrida en casación por este motivo.

En segundo lugar, la CNMC se ha basado en la descripción de los hechos probados en la resolución anterior y en las pruebas recabadas en las inspecciones –aunque no las aportadas por el solicitante de clemencia– que se llevaron a cabo el mismo día de la incoación del expediente para declarar acreditada la infracción. Esto, de nuevo, nos plantea serias dudas de derecho, puesto que, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, no pueden incorporarse actuaciones propias del procedimiento caducado a un nuevo procedimiento.

En tercer lugar, la CNMC ha decidido incoar (y resolver) un expediente sancionador en ejecución provisional de una sentencia de la Audiencia Nacional que no es firme, dado que se halla recurrida, como decíamos, ante el Tribunal Supremo.

En cuarto lugar, la CNMC ha impuesto una sanción sustancialmente mayor que la del procedimiento de



La reciente doctrina de la Audiencia Nacional acerca del cómputo de los plazos a efectos de la caducidad puede conllevar la anulación de numerosos expedientes que la CNMC podría volver a instruir (y sancionar).

origen. La CNMC considera que se trata de un procedimiento ex novo y que, por tanto, no resulta de aplicación la prohibición de la reformatio in peius.

Con todo el respeto, creemos que, aunque formalmente el razonamiento de la CNMC pudiera resultar impecable, lo cierto es que, en la práctica, limita los derechos de defensa de aquellos que hayan sido sancionados en procedimientos caducados, dado que alegar la caducidad supondría asumir el riesgo de una mayor sanción en un nuevo procedimiento que es una mera reproducción del anterior.

Por otro lado, la resolución tiene una gran transcendencia práctica. Como comentamos en un post anterior, la reciente doctrina de la Audiencia Nacional acerca del cómputo de los plazos a efectos de la caducidad puede conllevar la anulación de numerosos expedientes que la CNMC podría volver a instruir (y sancionar), tal como ha sucedido en este caso.

No obstante, la resolución no es firme y podría ser revisada en el marco del recurso que la empresa sancionada pudiera haber interpuesto contra la nueva resolución. Además, en el recurso de casación contra la sentencia del Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo podría separarse de esta y declarar la prescripción de las conductas, lo que conllevaría la nulidad de ambas resoluciones sancionadoras.

La UE apuesta por la seguridad: aprobada la directiva que regula el registro de pasajeros aéreos (PNR)

Eva Cassinello y Blanca Cortés
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

Tras un período de bloqueo motivado por las potenciales injerencias que el tratamiento de los datos pudiera ocasionar en el derecho fundamental a la privacidad, a raíz de los recientes atentados terroristas la seguridad ciudadana parece haberse convertido en una prioridad. Como resultado, la fuerte presión gubernamental de los Estados miembros ha conseguido que las autoridades europeas aprueben la Directiva que regula el registro de nombres de pasajeros y las obligaciones derivadas para las compañías aéreas y autoridades competentes (“Directiva 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros -PNR Passenger Name Record- para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave”).

La Directiva limita el tratamiento de los datos a las finalidades legítimas consistentes en la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y los delitos graves, que se encuentran limitados a un listado entre los que figuran delitos como la pertenencia a organizaciones delictivas, secuestro,

ciberdelincuencia, tráfico ilícito de obras de arte o la violación de derechos de propiedad intelectual o industrial.

Lo expuesto permite que las autoridades nacionales puedan efectuar un análisis del PNR a los fines de obtener información acerca de datos sobre, entre otros, reservas, asiento elegidos e información sobre el equipaje de pasajeros cuyo itinerarios de viaje incluye países terceros con llegada o salida desde un Estado miembro, pudiendo así detectar patrones de comportamiento sospechosos que puedan representar una amenaza para la seguridad. Adicionalmente, previa notificación por escrito a la Comisión, un Estado miembro podrá aplicar las disposiciones de la Directiva a vuelos interiores de la UE.

Asimismo, la Directiva prevé la creación de las denominadas Unidades de Información sobre Pasajeros (UIP) que serán gestionadas por la autoridad competente que cada Estado miembro designe a tal efecto y que será responsable de recoger los datos PNR de las compañías aéreas y, en su caso, transferirlos a las demás autoridades o entidades competentes -tal sería el caso de EUROPOL- de modo que puedan adoptar las medidas necesarias para cumplir los objetivos de la Directiva. A fin de proporcionar la necesaria agilidad, el acceso a los datos PNR podrá llevarse a cabo a través de su extracción mediante acceso directo de la autoridad competente al sistema de reservas de las compañías, lo que evitará que los datos deban ser remitidos en toda ocasión por éstas a solicitud de las autoridades.

Cada UIP contará con un responsable de protección de datos que deberá velar porque el tratamiento de los datos PNR sea el estrictamente necesario para el fin



Cada UIP contará con un responsable de protección de datos que deberá velar porque el tratamiento de los datos PNR sea el estrictamente necesario para el fin objeto de la Directiva

objeto de la Directiva y para que se garanticen los derechos de todo interesado a obtener información acerca del tratamiento de sus datos PNR, garantizándose así los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Por lo demás, la Directiva impone a las compañías aéreas, con carácter previo a la hora de salida programada del vuelo e inmediatamente después de su cierre -salvo que exista una amenaza concreta y real de terrorismo o delitos graves-, la obligación de transmitir los datos PNR a la base de datos de la UIP correspondiente. A tales efectos debe utilizar medios electrónicos que garanticen la seguridad de los datos.

Los Estados Miembros disponen de un periodo de dos años para transponer la Directiva a sus ordenamientos internos, finalizando éste el 25 de mayo de 2018. En consecuencia, compañías aéreas y demás operadores afectados deben asumir que en esa fecha soportarán nuevas obligaciones y derechos de los interesados, en aras del objetivo común de la seguridad. Será interesante conocer el impacto de esta nueva regulación principalmente en lo relativo al conflicto que a buen seguro se generará entre la privacidad de los pasajeros y la seguridad en territorio Europeo.

Denegación de aplazamiento y cómputo de plazos de pago de las deudas tributarias

Antonio Montero
Departamento de Derecho Tributario

La Agencia Estatal de Administración Tributaria efectúa una aclaración sobre la interpretación que ha de darse a los plazos de ingreso de las deudas cuando se produce la denegación de determinadas solicitudes, estableciendo un criterio que implica importantes consecuencias para los contribuyentes.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en adelante LGT, establece en su artículo 65.5 que la presentación de aplazamientos y fraccionamientos dentro del periodo voluntario de ingreso impedirá el inicio del periodo ejecutivo, pero no el devengo de los intereses de demora.

Análoga norma se contiene en el artículo 72.2 de la misma ley en relación con las solicitudes de compensación, en el artículo 40.1 del Reglamento General de Recaudación, en relación con las solicitudes de pago en especie, y en los artículos 25.2, 43.1, 44.1 y 46.2, del Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en relación con las solicitudes de suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Por otra parte, los desarrollos reglamentarios de la norma legal citada señalan que, en el caso de que se produzca la denegación de las solicitudes presentadas, con su notificación se iniciará el plazo de ingreso regulado en el artículo 62.2 de la LGT.

Tratamos éste asunto por la trascendencia de la "aclaración" efectuada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a través de una nota del pasado 2 de marzo, del Departamento de Recaudación, según la cual, cuando se produce la denegación de una solicitud de las citadas más arriba, presentada dentro del periodo voluntario de ingreso de una deuda, y a causa de los efectos que sobre la misma tuvo la solicitud, dicha deuda se encuentra en una situación temporal de voluntaria vencida, siendo estrictamente el puro y simple ingreso de la misma la única causa legal que impide iniciar el periodo ejecutivo y dictar la providencia de apremio.

La nota priva al plazo de ingreso abierto con la notificación de la denegación de los efectos que el artículo 62.2 LGT otorga a dicho plazo, no considerándose, por tanto, según el criterio de la Administración, como un nuevo plazo de ingreso en voluntaria con plenos efectos, sino como un mero lapso temporal en el que efectuar el ingreso.

Argumenta la nota, en ese sentido, que la concesión indefinida de sucesivos y plenos plazos "voluntarios" del artículo 62.2 LGT socavaría la eficacia del acto administrativo y supondría *"un agujero por el que se permitiría la existencia de un fraude en la alteración y prórroga sucesiva de los vencimientos, efecto en ningún caso previsto ni deseado por la norma"*.

Continúa la nota indicando que, finalizado dicho ("segundo") plazo de ingreso sin el que mismo se efectúe, se iniciaría el periodo ejecutivo, para a renglón seguido indicar que, en ese escenario, toda nueva solicitud de aplazamiento o fraccionamiento o compensación presentada en ese plazo ("segundo"), será tramitada



La única vía que, aparentemente, existe en estos supuestos de denegación, para evitar el inicio del periodo ejecutivo y el devengo de los recargos del citado periodo, es la realización del ingreso correspondiente en el plazo del artículo 62.2 LGT abierto con la notificación de dicha denegación, sin que una nueva petición presentada en dicho plazo impida el inicio de dicho periodo.



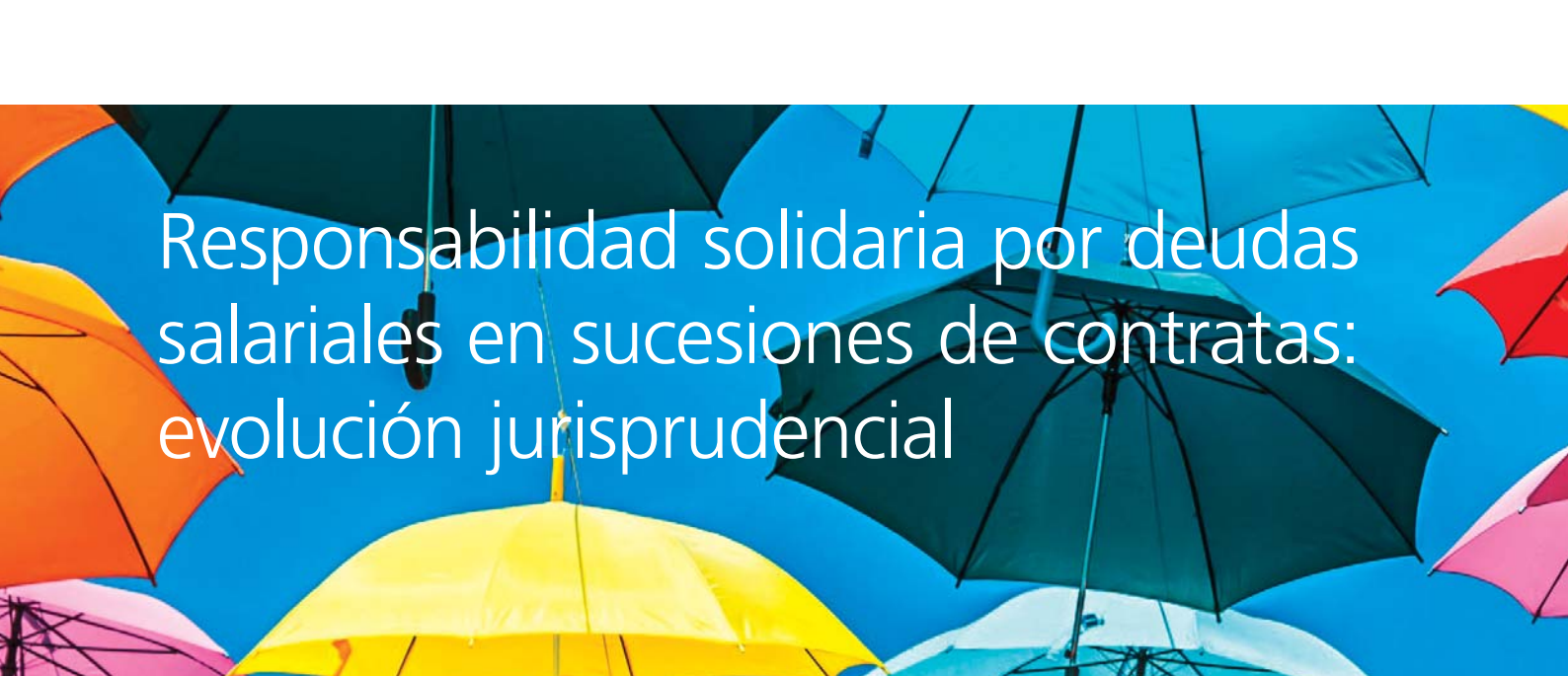
como una solicitud en periodo ejecutivo, con las consecuencias que la normativa tributaria prevé para tales solicitudes y con los efectos que el inicio del periodo ejecutivo conlleva.

Las conclusiones de la nota son las siguientes:

- De no producirse el ingreso en el plazo (“segundo”) al que se ha hecho referencia más arriba, se iniciará el periodo ejecutivo, y el devengo de los recargos del periodo ejecutivo, que se exigirán de acuerdo con la normativa, al igual que los intereses de demora.
- La presentación de nuevas solicitudes, cualquiera que sea su contenido, y con independencia de que la resolución denegatoria lo sea de un procedimiento distinto, de aplazamiento o fraccionamiento, compensación, pago en especie o suspensión antes del vencimiento del plazo señalado no impedirá el inicio del periodo ejecutivo, que tendrá lugar igualmente. Las mismas deberán tramitarse como solicitudes en periodo ejecutivo, al ser incompatibles con el ingreso, o archivadas, de producirse éste.

Lo trascendente del criterio administrativo que se incorpora en la reiterada nota es que la única vía que, aparentemente, existe en estos supuestos de denegación, para evitar el inicio del periodo ejecutivo y el devengo de los recargos del citado periodo, es la realización del ingreso correspondiente en el plazo del artículo 62.2 LGT abierto con la notificación de dicha denegación, sin que una nueva petición presentada en dicho plazo impida el inicio de dicho periodo, situación ésta que deberá ser tenida en cuenta, a partir de ahora, y sin perjuicio de que los Tribunales puedan establecer otra cosa, en la

formulación de las solicitudes identificadas en el título de este post.



Responsabilidad solidaria por deudas salariales en sucesiones de contratas: evolución jurisprudencial

Rubén López y Jaime Silva
Departamento de Derecho Laboral

La reciente STS de 07.04.2016 ha venido a confirmar los últimos pronunciamientos de la Sala de lo Social en materia de normativa aplicable a la extensión de responsabilidad por deudas salariales a las empresas que resulten nuevas adjudicatarias de contratas de prestación de servicios en sectores como limpieza, vigilancia, etc. No obstante, siguen existiendo discrepancias entre los diversos órganos judiciales en la materia.

Nuestro Alto Tribunal ha venido interpretando la normativa legal y convencional en materia de responsabilidad solidaria las por deudas salariales en supuestos de sucesión de contratas, de manera distinta a lo largo de los últimos años.

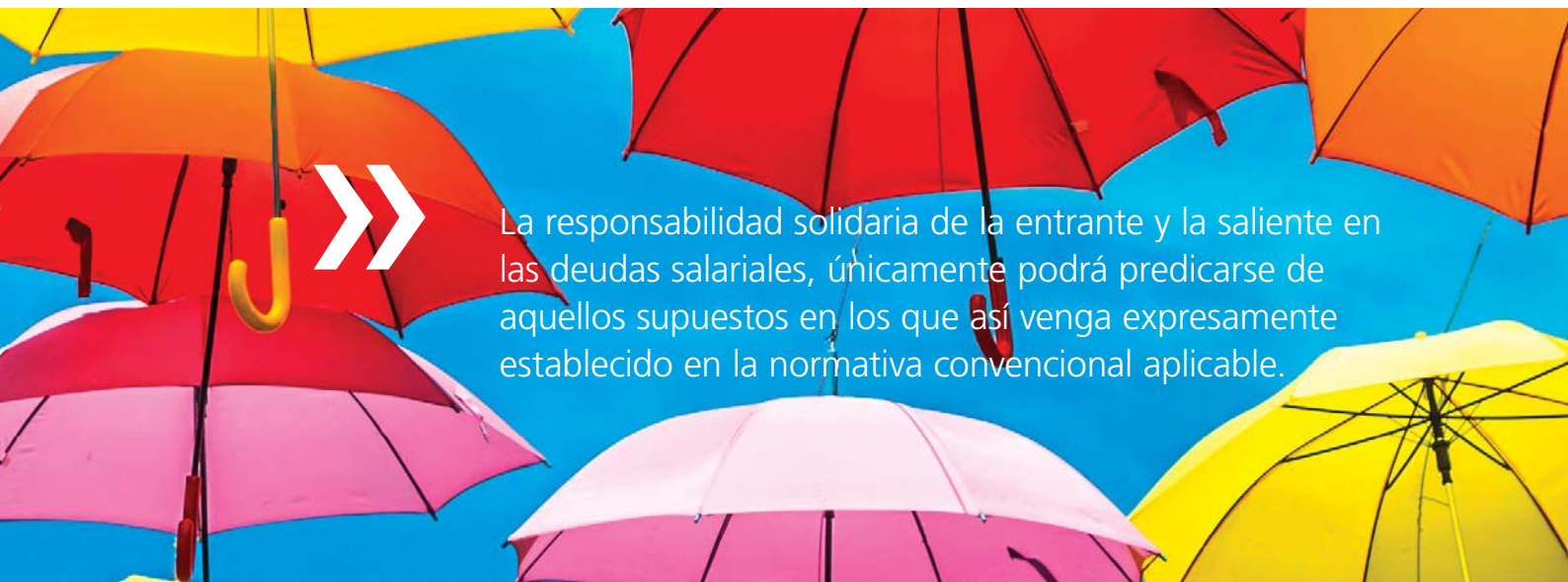
1. En una primera fase, el TS adoptó el criterio de exigir la entrega de medios para que operase una transmisión empresarial del artículo 44 del ET, con las garantías legalmente previstas a tal efecto.
2. Posteriormente, y a raíz de las SSTS de 20.10.2004 y 27.10.2004, la Sala procedió a matizar dicho criterio dándole carácter funcional, al admitir la presencia de entidades económicas, a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en transmisiones de la mera actividad de los trabajadores, cuando no sea imprescindible para ello la presencia de un elemento organizativo principal. Así, la Sala venía entendiendo que cuando la unidad productiva está compuesta

esencialmente por trabajadores y no por medios materiales adscritos a la producción cabe admitir la existencia de una sucesión de empresa sin transferencia de elementos patrimoniales.

3. Dicha doctrina venía afirmando que, si los términos en que se hallaba redactado el articulado de la normativa convencional aplicable -que regula la sucesión de contratas y las obligaciones de subrogación de la entrante en el personal de la saliente-, eran similares a los del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando el Convenio Colectivo no impusiera expresamente la responsabilidad solidaria de ambas empresas, la misma debería predicarse respecto de las deudas salariales anteriores a la subrogación.

Así lo entendió, entre otras, la sentencia de 12.07.2010, que respecto del sector de limpieza, y considerando que el elemento esencial es la mano de obra y que la nueva contratista, en virtud de una cláusula convencional, asume parte esencial de la plantilla de la anterior, establece como aplicables las garantías previstas en el artículo 44 del ET y de la Directiva europea en la materia.

4. Actualmente, la doctrina del Tribunal Supremo se hallaría en una tercera fase, en la que, matizando nuevamente su criterio anterior, parece sostener que, en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no existiría una sucesión de empresas al amparo del artículo 44 del ET. No serían entonces aplicables la garantías



La responsabilidad solidaria de la entrante y la saliente en las deudas salariales, únicamente podrá predicarse de aquellos supuestos en los que así venga expresamente establecido en la normativa convencional aplicable.

legalmente establecidas en materia de responsabilidad por las deudas salariales a dichos supuestos.

Así, las SSTs de 22.12.2013 y 03.07.2014, entre otras, han establecido que la responsabilidad solidaria de la entrante y la saliente en las deudas salariales, únicamente podrá predicarse de aquellos supuestos en los que así venga expresamente establecido en la normativa convencional aplicable, sin que se puedan asimilar los términos de la normativa convencional a las garantías previstas en el apartado 3 del artículo 44 del ET.

Por ello, de conformidad con la doctrina actual, ante la imposibilidad de asimilación de los términos de la normativa convencional con la normativa legal, y ante la falta de previsión expresa en el Convenio Colectivo, no podría entenderse que la nueva contratista debiera asumir las deudas salariales preexistentes de la saliente.

Sin perjuicio de lo anterior, la materia no está exenta de discrepancias. Así, si bien la sentencia que motiva estas líneas -dictada en el ámbito o sector de las empresas de seguridad- alumbra una nueva posición del TS, debe tenerse en cuenta que la misma se dicta con 9 votos a favor y un voto particular discrepante de 4 magistrados, que apuestan por continuar con la doctrina aplicada en la referida sentencia de 12.07.2010 y la jurisprudencia del TJUE. Los disidentes, en fin, entienden que una asunción voluntaria de la plantilla por la nueva contratista -ya fuere por decisión voluntaria o por imposición del Convenio Colectivo- no afectaría al alcance de la obligación de subrogación, debiendo la misma tener lugar en los derechos y obligaciones de la saliente respecto a sus

trabajadores, y extendiéndose la responsabilidad solidaria por las deudas salariales preexistentes a ambas empresas.

Lo anterior, junto con el hecho de que las Salas de lo Social de diversos TSJ apoyan la tesis del referido voto particular, implica que debemos estar muy atentos a próximas resoluciones del TS...

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-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, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law