

Your World First

C/M/S

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Julio 2018



Referencias Jurídicas

Julio 2018

Artículos de fondo

Laboral

El TJUE modifica su doctrina y concluye que no hay que indemnizar a los trabajadores con contratos de interinidad5
Eva Ceca y Elena Esparza

Tributario

Principales novedades tributarias introducidas por los Presupuestos Generales del Estado para el año 201813
Alejandra Jiménez, Rafael Ortiz de Zuriarrain y Carlos Palma

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Aumento de capital por compensación de créditos: cuando puedes hacer todo sin tener que decir nada ..18
Ignacio Cerrato

Novedades en los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros20
Iñigo Hernáez y Alfonso Reimunde

El “enforcement” de los protocolos familiares y la prestación accesoria de cumplir el protocolo22
Guillermo Donadeu

Las normas de protección de acreedores también se aplican al amortizar autocartera24
Javier Belmonte

Laboral

Contrato de interinidad inusualmente prolongado ..26
Eva Ceca



Procesal

Legitimación de la concursada para recurrir en procedimientos ajenos al concurso	28
Elisa Martín	

Perjuicio y rescisión concursal	30
Álvaro Feu	

La (no tan nueva) naturaleza del préstamo con interés	32
Mariano Yzquierdo	

Competencia y UE

La Comisión Europea propone reforzar los derechos de los consumidores	34
Gabriel Lecumberri	

TMC

Tomando las "fake news" en serio	36
Ignacio Astarloa	

Tributario

Facultades de la Administración en el procedimiento de comprobación limitada: criterios aclaratorios	38
Rafael Ortiz de Zuriarrain	

Nueva obligación de información para las plataformas colaborativas: Modelo 179	40
Alejandra Jiménez	

Responsabilidad del administrador por cese. ¿Cuándo se entiende producido el cese de la actividad?	42
Carlos Palma	



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Laboral

Julio 2018

El TJUE modifica su doctrina y concluye que no hay que indemnizar a los trabajadores con contratos de interinidad

Eva Ceca y Elena Esparza

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16), rectifica la doctrina del famoso caso “De Diego Porras” y concluye que el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de 18 de marzo de 1999 no se opone a una normativa nacional que no prevé indemnización alguna para el trabajador por el vencimiento del término de su contrato de trabajo de interinidad.

Como reconoció el propio Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en declaraciones realizadas a principios de este año, parece evidente que el Tribunal no entendió correctamente el problema planteado en el conocido caso “De Diego Porras”, lo que ha tenido como desenlace final una rectificación de la doctrina del TJUE.

En efecto, la controvertida sentencia dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2016 en el caso “De Diego Porras” concluyó que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de interinidad, mientras que reconoce el derecho a tal indemnización a los trabajadores fijos comparables.

Por el contrario, la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 entiende que el Derecho de la Unión analizado no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de una indemnización en caso de finalización del contrato de interinidad por vencimiento de su término, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Para una mejor comprensión del asunto, recordaremos seguidamente la normativa europea y española objeto de interpretación, así como las consultas planteadas en cada caso y las diversas conclusiones alcanzadas por el TJUE.

1. Marco jurídico

La norma origen de la controversia es, concretamente, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, LA UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

En la Directiva 1999/70/CE, la Unión Europea expresó su deseo de celebrar un Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que, además de establecer los principios generales y las condiciones mínimas de los contratos de duración determinada, garantizara la aplicación del principio de no discriminación para impedir los abusos de una utilización excesiva de este tipo de contratos.

Más concretamente, la cláusula 4 del Acuerdo Marco, titulada "Principio de no discriminación", objeto de debate en los dos casos analizados, establece en su apartado 1, lo siguiente:

"Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas."

Por su parte, la normativa española que regula los contratos de duración determinada, en concreto, el artículo 49, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, dispone que el contrato de trabajo se extinguirá, entre otras causas, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, estableciendo que, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, en los que el trabajador no percibe indemnización alguna, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización de doce días de salario por año de servicio.

Dicha indemnización, es notablemente inferior a la establecida para la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas.

En concreto, en virtud del artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato por causas objetivas (que, según el artículo 52 del mismo texto legal, las constituyen la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas razonables operadas en su puesto de trabajo; las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y las faltas de asistencia, aun justificadas, pero intermitentes) da derecho al trabajador a percibir una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

De esta forma, pudiera pensarse que el vencimiento del término de un contrato de interinidad es una causa objetiva asimilable a las previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto que son causas de extinción del contrato no inherentes a la persona del trabajador ni dependientes de la mera voluntad empresarial, sino que dependen de un hecho objetivo ajeno a las dos partes, esto es, la desaparición de la causa temporal que lo justificó, como sería la reincorporación a su puesto de trabajo de la persona sustituida temporalmente por el trabajador interino.

Por ello, a la vista de la normativa europea y nacional citada se suscitó, como más adelante se desarrollará, la cuestión de si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco se oponía a la normativa española, que no reconoce indemnización alguna a los trabajadores interinos, a pesar de conceder una indemnización a trabajadores fijos comparables en caso de extinción de sus contratos de trabajo por causa objetiva.

2. Hechos del litigio principal

Por lo que se refiere a los hechos analizados, en ambos casos se trataba de hechos sustancialmente idénticos en lo que se refería a la cuestión principal planteada.

En el caso de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, la Sra. De Diego Porras prestó servicios para el Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad, teniendo el último contrato por objeto la sustitución de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Como consecuencia de la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora a la que sustituía la Sra. de Diego Porras y que, en definitiva, constituía la causa temporal del contrato, se extinguió su contrato de interinidad con efectos del 30 de septiembre de 2012.

Ante dicha decisión, la Sra. de Diego Porras impugnó la legalidad de su contrato de trabajo y las condiciones de finalización del mismo.

Tras la desestimación de la demanda por la sentencia de instancia, la Sra. De Diego Porras recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que planteó al TJUE las cuestiones prejudiciales que se detallan en el apartado siguiente.

En la más reciente sentencia del TJUE del pasado 5 de junio de 2018, la Sra. Montero Mateos suscribió, igualmente, un contrato de interinidad con un organismo público, en este caso, la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En concreto, el contrato de interinidad suscrito tenía como objeto la sustitución de un trabajador fijo, siendo transformado posteriormente en un contrato de interinidad para la cobertura de vacante.

Con motivo de la adjudicación del puesto que ocupaba la Sra. Montero Mateos, la Agencia finalizó su contrato de interinidad con efectos del 30 de septiembre de 2016, esto es, como en el caso de la Sra. De Diego Porras, al vencimiento de su término por finalizar la causa temporal que amparaba su contrato.

La Sra. Montero Mateos presentó demanda de despido ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, que remitió la consulta al TJUE que seguidamente se analiza.

3. Cuestiones prejudiciales planteadas

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso de la Sra. De Diego Porras, observó, por un lado, que la contratación de la trabajadora recurrente mediante un contrato de interinidad cumplía con los requisitos exigidos por la normativa nacional y, por otro lado, que la finalización de dicho contrato de trabajo estaba basada en una razón objetiva.

Sin embargo, el Tribunal se preguntó si la Sra. De Diego Porras tenía derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato de trabajo entendiendo que en Derecho español existe una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores temporales.

En concreto, entendía que la indemnización abonada en caso de extinción del contrato por causas objetivas es de veinte días de salario por año trabajado con el tope de doce mensualidades en el caso de los primeros, mientras que se eleva sólo a doce días de salario por año trabajado para los segundos, siendo esta diferencia más evidente en el caso de los trabajadores interinos, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al plantear las cuestiones prejudiciales, parte de la premisa de que la finalización del contrato de interinidad por vencimiento de su término, es decir, por la finalización de la causa que justificaba la contratación temporal (que, en el caso de la Sra. De Diego Porras, se correspondía con la reincorporación de la trabajadora sustituida por la revocación de la dispensa para trabajar) es equivalente a la extinción de un contrato de trabajo indefinido por causas objetivas.

En nuestra opinión, con el debido respeto al Tribunal, esa fue posiblemente la razón principal que llevó al TJUE a no entender adecuadamente la consulta planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en tanto que la misma parece partir de la asunción de que la causa de finalización del contrato de interinidad era una causa objetiva equiparable, sin más puntualización, a las causas objetivas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, lo que hacía casi imposible poder justificar de forma objetiva la diferencia de trato entre los dos tipos de trabajadores.

En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) *“¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo?”*
- 2) *“Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?”*
- 3) *“Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?”*
- 4) *“No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?”*

Por su parte, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, probablemente ante el impacto social y económico de la sentencia del caso “De Diego Porras” y la posibilidad casi cierta de que el TJUE no hubiera planteado adecuadamente la cuestión, remite una nueva cuestión prejudicial, si bien replanteando el problema desde otra perspectiva, con un mayor detalle y claridad en la exposición de la normativa nacional, e incluyendo una descripción de las dudas y de la problemática suscitadas por la sentencia del caso “De Diego Porras”.

Así, el Juzgado explica que, con arreglo a Derecho español, cuando el contrato se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa ha de conceder al trabajador, con independencia de que su contrato o relación laboral sea temporal o por tiempo indefinido, la citada indemnización.

zación legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades.

En cambio, cuando finaliza un contrato de interinidad al vencimiento del término por el que se celebró el mismo, el trabajador de que se trata no percibe indemnización alguna.

A este respecto, prosigue el Juzgado explicando que *“solo cabe considerar que se da un trato diferente, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, si se admite que la situación de un trabajador con contrato temporal al vencer el término por el que se celebró es comparable a la de un trabajador fijo cuya relación laboral se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Estas aclaraciones, que no se incluyen en la sentencia del caso “De Diego Porras”, resultan, a nuestro juicio, esenciales para la correcta comprensión del asunto, puesto que permiten al TJUE valorar adecuadamente si existe o no una desigualdad de trato ante situaciones equiparables o una justificación objetiva de la diferencia de trato.

En concreto, permite al TJUE entender que, cuando la extinción del contrato de trabajo se fundamenta en una de las causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, las consecuencias legales para un trabajador indefinido o temporal sí que son las mismas de conformidad con el Derecho español, de forma que lo que realmente hay que valorar es si el vencimiento del término por el que se celebró el contrato de interinidad es realmente comparable a la concurrencia de una de las causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores para un trabajador fijo.

Siguiendo con la argumentación del Juzgado remitente de la consulta al TJUE, tras referirse al impacto económico y social de la sentencia De Diego Porras, el Juzgado traslada al TJUE que dicha sentencia sigue *“sin solventar la duda de si el hecho de que las partes conozcan necesariamente, al suscribir el contrato temporal, su duración limitada constituye una razón suficiente que justifique dar, en lo que atañe a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, un trato diferente al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Es, precisamente, esta posible justificación objetiva la que abre la puerta al Juzgado para plantear la cuestión prejudicial y permitir al TJUE rectificar las conclusiones alcanzadas en el caso “De Diego Porras”, en tanto que esta concreta cuestión no fue planteada en esos términos en la sentencia anterior.

A este respecto, el Juzgado remitente sostiene que es posible considerar que la finalización de un contrato temporal por vencimiento de su término se diferencia, por su carác-

ter previsible, de la extinción de un contrato fijo por las causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, entiende que también es posible considerar que la adjudicación del puesto cuya vacante se cubre con el contrato de interinidad constituye una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable al trabajador y, en consecuencia, equiparable a las causas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, tanto el trabajador temporal como el fijo sufren un perjuicio real cuando pierden su puesto de trabajo por lo que, si el espíritu de la indemnización es resarcir esa pérdida, pudiera entenderse que les debería corresponder igual compensación en uno y otro caso.

A la vista de todo lo anterior, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid plantea la siguiente cuestión prejudicial:

“La Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?”

4. Conclusiones alcanzadas por el TJUE

Respecto a la primera de las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas en el caso “De Diego Porras”, el TJUE confirmó que, efectivamente, el concepto de condiciones de trabajo referido en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada. Y ello por cuanto que el Derecho social de la Unión no puede interpretarse de modo restrictivo y, en definitiva, la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario.

Esta cuestión prejudicial no ha sido ni tan siquiera planteada en el caso de la Sra. Montero Mateos, siendo únicamente reiteradas por el TJUE las conclusiones anteriores a los efectos de una adecuada exposición argumental del problema.

Por otro lado, el TJUE no entró a valorar las diferencias de trato en materia de indemnización entre los contratos de duración determinada, cuestión que también fue planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y ello por cuanto que el Acuerdo Marco únicamente regula la diferencia de trato entre trabajadores con contratos de duración determinada y trabajadores con contratos indefinidos.

Por su parte, las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que se plantearon en el caso “De Diego Porras” fueron examinadas de forma conjunta por el TJUE entendiendo que el Tribunal remitente quería saber, en esencia, *“si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables.”*

A este respecto, el TJUE recordó que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables, a no ser que dicha diferencia de trato esté objetivamente justificada.

En el caso “De Diego Porras”, el TJUE entendió que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato.

Por ello, procedió a examinar la comparabilidad de las situaciones analizadas, así como la existencia de una posible justificación objetiva.

Respecto a la comparabilidad de las situaciones controvertidas el TJUE señaló que, si bien corresponde al Tribunal remitente valorar si la recurrente se encontraba en una situación comparable a los de los trabajadores indefinidos considera que, en este caso, parece evidente en tanto que el objeto del contrato de interinidad era, precisamente, sustituir a una trabajadora fija.

Sobre la existencia de una justificación objetiva de la desigualdad de trabajo, el TJUE concluyó que el recurso a la mera naturaleza temporal del contrato no es suficiente a estos efectos.

A este respecto, el TJUE hizo referencia a las explicaciones aportadas por el Gobierno español que, ya en el caso “De Diego Porras”, alegaba que la diferencia entre los dos tipos de contratos radicaba en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación contractual de los contratos de duración determinada.

Esta cuestión es relevante por cuanto que el TJUE, en el caso “De Diego Porras”, ya entró a valorar si existía o no una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contratos de duración determinada, analizando a este respecto la estabilidad de la relación laboral que, en la nueva sentencia y como seguidamente se analizará, parece ser el argumento principal por el que el TJUE rectifica su doctrina.

Sin embargo, en el caso “De Diego Porras” el TJUE entendió que la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, no solo el contrato de interinidad puede perpetuarse, como en el caso de la recurrente, más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional garantice una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores temporales.

Por todo ello, concluyó que *“la cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por*



finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

Como consecuencia de la sentencia del TJUE, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso "De Diego Porras", dictó sentencia de fecha 5 de octubre de 2016 concediendo a la trabajadora la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades.

En la misma línea se pronunció el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencias de 18 de octubre de 2016, donde incluso se aplicó la doctrina del TJUE a empresas privadas.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencias de 16 de noviembre de 2016, concluyó que no era aplicable el efecto vertical de las Directivas entre particulares, por lo que aplicó en sus propios términos la normativa española, no concediendo la indemnización solicitada de los veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades.

Por su parte, los sindicatos anunciaron la interposición de las oportunas demandas reclamando los importes de la indemnización de los veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades, en todos aquellos casos en los que la acción no hubiera todavía prescrito.

Toda esta inseguridad jurídica e impacto social es lo que probablemente ha llevado al Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid a replantear la consulta al TJUE, explicando con mayor detalle la cuestión de fondo en los términos que se han detallado en el segundo apartado del presente artículo.

Así, en la más reciente sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, éste recuerda nuevamente que el principio de no discriminación contemplado en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, exige que no se traten de manera diferente situaciones equivalentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

Asimismo, el TJUE concluye también en esta ocasión que, aunque incumbe en realidad al Juzgado remitente determinar si la Sra. Montero Mateos se encontraba en una situación comparable a la de los trabajadores indefinidos, de los datos aportados se deduce que la trabajadora interina realizaba las mismas funciones que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso de selección y, en consecuencia, considera que la situación de la Sra. Montero Mateos era comparable a la de un trabajador fijo.

Por lo tanto, el TJUE procede a analizar, como ya lo hiciera en el caso "De Diego Porras", aunque alcanzando conclusiones bien distintas, si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé derecho a indemnización alguna.

En esta ocasión, el TJUE desarrolla las alegaciones, más amplias esta vez (al menos, las reflejadas en la sentencia), del Gobierno español sobre la cuestión, que incide en que la diferencia de trato radica, esencialmente, en que la extinción del contrato de interinidad por vencimiento del término se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal. Por el contrario, la indemnización por extinción del contrato por causas objetivas se fundamenta en la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral.

Vemos que, esta vez, la alegación del Gobierno español no se limita, como en el caso "De Diego Porras" a la mayor expectativa de estabilidad de la relación laboral indefinida, frente a la de duración determinada, en términos generales, sino que va más allá, poniendo el énfasis en la previsión o anticipación del hecho concreto por el que se pone fin al contrato de duración determinada, cosa que no ocurre en una extinción del contrato por causas objetivas.

Además, ayudado por las explicaciones previas del contexto normativo facilitadas por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en esta sentencia el TJUE entiende que la finalización del contrato de interinidad de la Sra. Montero Moreno se produjo en un contexto sensiblemente diferente a aquel en el que se produce la extinción del contrato de un trabajador indefinido por la concurrencia de una de las causas objetivas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

De esta forma, entiende el TJUE que las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o acontecimiento que determinan su término y que limitan la relación laboral.

Por el contrario, la extinción de un contrato fijo por causas objetivas a iniciativa del empresario tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de celebrar el contrato y que suponen un cambio radical en el normal desarrollo de la relación laboral. Por consiguiente, la indemnización legal pretende compensar *"la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en los que respecta a la estabilidad de dicha relación"*.

En este sentido, el TJUE pone de manifiesto que el Derecho español no distingue entre la indemnización que le corresponde a un trabajador temporal y a un trabajador indefinido si el contrato se extingue por una de las causas objetivas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los

Trabajadores, cuestión importante que no se valoró en el caso “De Diego Porras”.

De esta forma, el TJUE considera que el objeto de la indemnización por despido establecida en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Por todo ello, el TJUE concluye que *“la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.”*

A la vista de lo anterior, y aunque la cuestión prejudicial se plantea de forma diferente en uno y otro caso, parece existir una verdadera rectificación de la doctrina anterior del caso “De Diego Porras”, en tanto que la conclusión alcanzada en cada caso es, a primera vista, contradictoria.

No obstante, dicha rectificación probablemente se debe al planteamiento más extenso y pormenorizado realizado por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, que ha permitido entender más ampliamente al TJUE la problemática suscitada.

En nuestra opinión, las conclusiones más recientes alcanzadas por el TJUE en su sentencia de 5 de junio de 2018 son más acertadas que las del caso “De Diego Porras”, pues en ese caso se partió de la asunción de que el vencimiento del término de un contrato de interinidad es plenamente equivalente a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, si bien las consecuencias para los trabajadores interinos y los trabajadores indefinidos son diferentes.

Es más, más que parecemos que existe una razón objetiva que justifica la diferencia de trato, como ha concluido ahora el TJUE, entendemos que, incluso, se podría concluir que la situación de un trabajador interino al vencimiento del término de su contrato y la de un trabajador indefinido a la extinción de su contrato por causas objetivas, no son ni tan siquiera situaciones comparables; y ello porque las premisas de las que parten, esto es, posibilidad de anticipar por el trabajador interino la causa de la extinción de su contrato y la imposibilidad por el trabajador fijo, son distintas. De esta forma, se podría considerar que ni tan siquiera existe una diferencia de trato ante situaciones sustancialmente idénticas.

En efecto, aunque los trabajadores interinos no conozcan en el momento de suscribir el contrato la fecha concreta en la que se producirá la finalización del mismo, sí que conocen con exactitud desde el inicio de la relación laboral (siempre que el contrato sea lícito y haya sido correctamente suscrito, detallando la causa temporal que lo justifica) el hecho cierto que conllevará su vencimiento.

A este respecto, nos parece relevante, aunque no haya formado parte de la argumentación del TJUE, que en el caso de extinción del contrato de interinidad por vencimiento de su término la causa de finalización del contrato fuera pactada por ambas partes en la fecha de su formalización.

Así, aunque la decisión de finalizar el contrato por vencimiento del término provenga del empleador, lo cierto es que la causa de la finalización del contrato fue previamente acordada entre las partes.

De esta forma, parece que podría equipararse más el vencimiento del término de un contrato de trabajo de duración determinada a la extinción de un contrato indefinido por las causas válidamente consignadas en el contrato (artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores), para la que no se prevé indemnización alguna, que a la extinción del contrato de trabajo por las causas objetivas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, un trabajador indefinido no puede conocer de antemano el hecho que determinará la finalización de su contrato de trabajo por una causa objetiva totalmente ajena a su voluntad, al igual que ocurriría si el contrato de trabajo de un interino se extinguiera por esa causa antes del vencimiento de su término, teniendo derecho en ambos casos a la indemnización.

Por otro lado, ¿Por qué no equiparar el contrato de interinidad al resto de contratos temporales para los que se establece una indemnización al vencimiento del término de los mismos, esto es la obra o servicio o la eventualidad por los que se contrata? En todos estos casos, los trabajadores contratados mediante las distintas modalidades de contratación temporal conocen con exactitud desde el inicio de su relación laboral (siempre que el contrato sea lícito y haya sido correctamente suscrito, detallando la causa temporal que lo justifica) el hecho cierto que conllevará su vencimiento.

Dicho esto, y aunque entendemos que la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 es correcta y extensible a otros contratos de duración determinada cuando finalicen por vencimiento de su término o por realización de la obra o servicio determinada, será necesario esperar a la interpretación y aplicación que realicen los Juzgados y Tribunales españoles al respecto.



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Tributario

Julio 2018

Principales novedades tributarias introducidas por los Presupuestos Generales del Estado para el año 2018

Alejandra Jiménez, Rafael Ortiz de Zuriarrain y Carlos Palma

El pasado miércoles 4 de julio fue objeto de publicación en el BOE la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (en adelante “LPGE”).

La citada Ley, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, salvo algunas excepciones, introduce modificaciones tanto en materia de tributación directa –y, por ende, con repercusiones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante “IRPF”), Impuesto sobre Sociedades (en adelante “IS”) e Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante “IP”)– como en materia de tributación indirecta –afectando así, principalmente, al Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante “IVA”) y al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante “ITP-AJD”)–.

En lo que respecta al **IRPF**, los artículos 59 a 67 del capítulo I del título VI de la LPGE, introducen las siguientes medidas:

- Reducción por obtención de rendimientos de trabajo (artículo 20 de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el de 5 julio de 2018, los límites máximos que permiten aplicar un importe de reducción se modifican al alza. Así, los límites establecidos pasan a ser de 16.825 euros y 13.115 euros (anteriormente 14.450 y 11.250), y la reducción mínima pasa de 3.700 a 5.565 euros anuales.

No obstante, la norma prevé un régimen transitorio –disposición transitoria cuadragésima séptima– para el periodo impositivo 2018, diferenciando entre los rendimientos que se hubiesen devengado con carácter previo a entrada en vigor de la LGT (a los cuales sería de aplicación la reducción vigente a 31 de diciembre de 2017) y los rendimientos que se hubiesen devengado con carácter posterior a la entrada en vigor de la citada ley (en cuyo caso, el importe de la reducción deberá calcularse mediante una fórmula matemática).



- Deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla (artículo 60 de la Ley del IRPF) e importe de los pagos a cuenta en las citadas ciudades (artículo 101 de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 1 de enero de 2018, se modifica el porcentaje de deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla. Así, los contribuyentes con residencia habitual en Ceuta y Melilla tendrán derecho a una deducción del 60% (anteriormente 50%).

Adicionalmente, se modifica los porcentajes de retención y/o porcentajes de pagos fraccionados, reduciéndose estos en un 60% para aquellos contribuyentes que tengan derecho a la aplicación de la deducción.

- Deducción por maternidad (artículo 81 de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 1 de enero de 2018, se modifica la deducción por maternidad. A partir de la citada fecha, la deducción podrá incrementarse hasta en 1.000 euros adicionales cuando el contribuyente hubiera satisfecho gastos por la custodia de menores de 3 años en guarderías o centros de educación infantil.

Hasta la fecha, la deducción por maternidad era de 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años.

- Deducción por familia numerosa o personas con discapacidad a cargo (artículo 81 bis de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 5 de julio de 2018, se amplían hasta en 600 euros anuales la cuantía de los límites establecidos para las deducciones por familia numerosa. Asimismo, se crea una deducción por importe

de 1.200 euros anuales por cónyuge no separado legalmente con discapacidad –siempre que el mismo no obtenga rentas que superen los 8.000 euros anuales y no genere el derecho a la deducción por descendiente o ascendiente con discapacidad–.

- Deducción aplicable a las unidades familiares formadas por residentes fiscales en Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (“UE” o “EEE”) (Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 1 de enero de 2018, se introduce una nueva deducción de la cuota íntegra del IRPF respecto de aquellos contribuyentes que no pueden presentar declaración conjunta por residir alguno de los otros miembros de la unidad familiar en Estados miembros de la UE o del EEE.

La citada deducción no resultará de aplicación si alguno de los miembros de la unidad familiar tributa bajo el régimen especial para trabajadores desplazados del IRPF, no disponga de número de identificación fiscal o tribute bajo el régimen para contribuyentes en otros Estados miembros de la UE del IRNR.

- Deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación (artículo 66 de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 1 de enero de 2018, se modifica al alza el porcentaje de deducción –fijándose en un 30%– de las cantidades satisfechas por la suscripción de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación. Asimismo, se modifica la base máxima de deducción, fijándose en 60.000 euros anuales.

- Obligación de declarar (artículo 96 de la Ley del IRPF).

Con efectos desde el 5 de julio de 2018, se incrementa el umbral inferior de la obligación de declarar establecido para los perceptores de rendimientos del trabajo, fijándose en 14.000 euros.

- Gravamen especial sobre los premios de loterías y apuestas (Disposición adicional trigésima tercera).

Con efectos desde el 5 de julio de 2018, estarán exentos del gravamen especial los premios cuyo importe íntegro sea igual o inferior a 40.000 euros.

En lo que respecta al **IP**, el artículo 73 del capítulo I del título VI de la LPGE, introduce la siguiente modificación:

- Se prorroga la vigencia del mismo en el ejercicio 2018. Y para el ejercicio 2019, la reimplantación de la bonificación del 100 % sobre la cuota íntegra del impuesto que se había previsto en el Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre.

En relación con el **IS**, los artículos 68 a 72 del capítulo I del título VI de la LPGE, modifican los siguientes apartados de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades:

- Artículo 23 relativo a la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles.

Se delimita las rentas que tendrán derecho a la reducción al establecer que las rentas positivas procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, modelos de utilidad, certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, dibujos y modelos, legalmente protegidos, que deriven de actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica y software avanzado registrado que derive de actividades de investigación y desarrollo, tendrán derecho a una reducción en la base imponible.

Se establece que tendrán la consideración de rentas positivas, susceptibles de reducción, los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de los activos y las rentas positivas procedentes de su transmisión, que superen la suma de los gastos incurridos por la entidad directamente relacionados con la creación de los activos que no hubieran sido incorporados al valor de los activos, de las cantidades deducidas por aplicación del artículo 12.2 de esta Ley en relación con los activos, y de aquellos gastos directamente relacionados con los activos, aclarando, que se hubieran integrado en la base imponible.

En caso de que en un período impositivo se obtuviesen rentas negativas, por superar los gastos a los ingresos, y en períodos impositivos anteriores la entidad hubiera

obtenido rentas positivas a las que hubiera aplicado la reducción prevista, la renta negativa de ese período impositivo se reduciría en el porcentaje que resulte de acuerdo con el coeficiente del artículo 23 apartado primero.

- Disposición transitoria vigésima referente al régimen transitorio de la reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles del contribuyente disponibles con anterioridad a 1 de julio de 2016.

Se limita la aplicación de disposición a los activos intangibles del contribuyente disponibles con anterioridad a 1 de julio de 2016.

Adicionalmente, se modifica la limitación temporal a la posibilidad de optar prevista en los apartados segundo y tercero (anteriores apartados primero y segundo) pues resultará de aplicación hasta 30 de junio de 2021. A partir de 1 de julio de 2021, las cesiones del derecho de uso o de explotación reguladas en dichos apartados deberán aplicar el régimen establecido en el artículo 23 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, aclarando que según redacción dada al mismo por la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

Finalmente, en los supuestos de transmisión de activos intangibles que previamente hubieran sido objeto de cesión regulados en el apartado quinto y en el caso de que los activos intangibles se hubieran adquirido entre enero y junio de 2016 a una entidad vinculada con el transmitente y en el momento de la adquisición no hubieran estado acogidos a un régimen de reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles, únicamente podrán aplicar dicho régimen de reducción de rentas, las que se realicen hasta 31 de diciembre de 2017.

- Artículo 36 relativo a la deducción por inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales, y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales. Con efectos desde el 5 de julio de 2018 se introducen ciertas obligaciones a los productores que se acojan a este incentivo. Se deben resaltar las siguientes: incorporación en los títulos de crédito y en la publicidad de la producción una referencia específica a haberse acogido al incentivo fiscal, remisión de ciertos materiales al Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales y cesión de los derechos de reproducción parcial para la realización de actividades y elaboración de materiales de promoción en España y en el extranjero con fines culturales o turísticos
- Artículo 131 que recoge las facultades de la Administración para determinar la base imponible y otros elementos tributarios. Con efectos desde el 5 de julio de 2018 se amplía las competencias de la Administración tributaria para comprobar el derecho a la con-

versión de activos por impuesto diferido en crédito exigible frente a la Administración tributaria

- Disposición adicional decimocuarta que modifica el régimen legal de los pagos fraccionados. Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2018 se exceptúa a las entidades de capital-riesgo, reguladas en la Ley 22/2014, de la obligación de efectuar el pago fraccionado mínimo en lo que se refiere a sus rentas exentas.

Adicionalmente, mediante la Disposición adicional centésima tercera de los LPE se introduce la posibilidad de asignar un 0,7% de la cuota íntegra, similar al sistema del IRPF, a actividades de interés general consideradas de interés social

En relación con el **IVA**, se modifican los siguientes artículos de la ley del impuesto (Ley 37/1992, de 28 de diciembre):

- Se ha modificado el Artículo 20 (exenciones interiores) de forma que, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018 y vigencia indefinida, se modifica el número 6º del apartado Uno, por el que se declaran exentos los servicios prestados directamente a sus miembros por uniones, agrupaciones o entidades autónomas, incluidas las Agrupaciones de Interés Económico, constituidas exclusivamente por personas que ejerzan una actividad exenta o no sujeta al Impuesto que no origine el derecho a la deducción, cuando concurren las condiciones desarrolladas en dicho artículo.
- Se ha modificado el Artículo 21 (exenciones en las exportaciones de bienes) de forma que, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018 y vigencia indefinida, se modifica el apartado a) del número 2º, letra A), por el que se declaran exentos las entregas de bienes a viajeros mediante el reembolso del impuesto soportado en las adquisiciones y se elimina la limitación cuantitativa que existía en la redacción anterior.
- Se ha modificado el Artículo 22 (exenciones en las operaciones asimiladas a las exportaciones) de forma que, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018 y vigencia indefinida, se añade un nuevo párrafo al apartado trece, por el que se declaran exentos en aquellas operaciones de transportes de viajeros y sus equipajes por vía marítima o aérea procedentes de o con destino a un puerto o aeropuerto situado fuera del ámbito espacial del impuesto, incluidos los transportes por vía aérea amparados por un único título de transporte que incluya vuelos de conexión aérea.
- Se ha modificado el Artículo 91 (tipos impositivos reducidos) de forma que, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018 y vigencia indefinida, se modifica el número 6º del apartado Uno.2 del citado artículo 91, por el que se reduce el tipo impositivo del

21 por ciento al 10 por ciento, por la entrada a bibliotecas, archivos y centros de documentación, museos, galerías de arte, pinacotecas, salas cinematográficas, teatros, circos, festejos taurinos, conciertos, y a los demás espectáculos culturales en vivo.

- También en materia de tipos impositivos, y en lo que se refiere a los servicios de teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial si concurren las condiciones legalmente establecidas, a los que es de aplicación el tipo reducido, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018 y vigencia indefinida.
- Se ha modificado el Artículo 70 (Servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o de televisión y a los prestados por vía electrónica) de forma que, con efectos desde el 1 de enero de 2019 y vigencia indefinida, se modifican los apartados 4º y 8º del citado artículo 70, por el que se varían las reglas de localización de los servicios prestados por vía electrónica, de telecomunicaciones y de radiodifusión y televisión.
- Se ha modificado los artículos 163 octiesdecies y 163 noniesdecies (Régimen especial aplicable a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o de televisión y a los prestados por vía electrónica por empresarios o profesionales no establecidos en la Comunidad) de forma que, con efectos desde el 1 de enero de 2019 y vigencia indefinida, se regula su ámbito de aplicación y simplifica las obligaciones formales a los empresarios o profesionales no establecidos.

En relación con el **ITP-AJD**, el artículo 80 del capítulo I del título VI de la LPGE, introduce la siguiente medida:

- Se modifica la norma legal en relación con la escala por transmisiones y rehabilitaciones de grandezas y títulos nobiliarios, a que hace referencia el párrafo primero del artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto, que, con efectos desde la entrada en vigor de la LGPE 2018, se incrementa un 1%.

En relación con el **Impuesto sobre Actividades Económicas**, se introducen las siguientes modificaciones con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 5 de julio de 2018 y vigencia indefinida:

- Se adapta el contenido a la situación actual de la fabricación de los productos que clasifican.
- Se suprime la reducción del 50 por ciento de la cuota en favor de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., por ser incompatible con la situación actual de liberalización del sector de servicios postales y la normativa comunitaria.
- Se añade un nuevo apartado en la regla 4.ª de la Instrucción para para incluir dentro de las facultades la

de prestar a los clientes, por cuenta de las entidades financieras cuya actividad esté clasificada en los grupos 811 y 812 de la sección primera de las Tarifas, el servicio combinado de retirada de efectivo y pago por los bienes o servicios adquiridos (servicio de «cash-back»).

Por su parte, en el **Impuesto sobre Actividades de Juego**, con efectos desde el 1 de julio de 2018 y vigencia indefinida, se establece:

- En todos supuestos de juegos, con la excepción de las apuestas mutuas deportivo-benéficas del Estado y las combinaciones aleatorias, la base queda constituida por los ingresos netos de premios, sobre los que se aplica un tipo de gravamen único.
- Los tipos a exigir en la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla con una bonificación del 50 por ciento.

Se han introducido las siguientes modificaciones en los **Impuestos Especiales**:

- En lo relativo al **Impuesto sobre Hidrocarburos** se procede a integrar el tipo impositivo autonómico del en el tipo estatal especial en el ámbito de los combustibles y carburantes. Además, se introducen la necesidad de cumplir ciertos requisitos (que se fijarán reglamentariamente) para la aplicación de determinados beneficios fiscales. Adicionalmente, se añade una exención en la fabricación e importación de biogás que se destine a la producción de electricidad en instalaciones de producción de energía eléctrica o la cogeneración de electricidad y calor o a su autoconsumo en las instalaciones donde se hayan generado.

- En el **Impuesto Especial sobre el Carbón**, se introduce igualmente que para la aplicación de exenciones será necesario el cumplimiento de las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

- En el **Impuesto Especial sobre la Electricidad** se introduce de un incentivo económico para que se utilice la electricidad de la red terrestre relacionado con las ciudades portuarias si bien estaría condicionada a la autorización del Consejo Europeo. Finalmente, se introducen una serie de ajustes técnicos, con el fin de tratar de aclarar la aplicación de los tipos impositivos mínimos.

Asimismo, se ha introducido una modificación a los tipos impositivos en el **Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero**.

En relación con el **Interés legal e interés de demora**:

A través de la Disposición adicional quincuagésima séptima de la LGPE 2018 se establece el tipo de interés legal del dinero en el 3,00 por ciento hasta el 31 de diciembre del año 2018 y, durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere al artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el 3,75 por ciento.

Por otra parte, durante el mismo periodo, el interés de demora a que se refiere el artículo 38.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, será el 3,75 por ciento.



A large iceberg floating in a blue sea. The tip of the iceberg, which is visible above the water, is relatively small and jagged. The vast majority of the iceberg is submerged below the water surface, illustrating the concept of hidden risks or consequences.

Aumento de capital por compensación de créditos: cuando puedes hacer todo sin tener que decir nada

Ignacio Cerrato
Departamento de Corporate / M&A

El aumento de capital por compensación de créditos exige un informe previo y específico de los administradores, para que los accionistas conozcan el alcance del acuerdo que se pretende. La Audiencia Provincial de Madrid considera que es perfectamente válido que dicho informe solo fije el importe máximo que podrá alcanzar el aumento de capital proyectado, abogando por una forma abierta y sin determinación de cuantía concreta. Esta interpretación puede resultar en ocasiones inconveniente para los socios minoritarios.

Por medio de su sentencia de 19 de marzo de 2018, la Audiencia Provincial de Madrid ofrece una explicación, clara y sin añadidos, del uso, propósito y contenido del informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar en el marco de una proyectada operación de aumento de capital social en una sociedad de responsabilidad limitada, contemplado en el artículo 301.2 de la LSC.

El pronunciamiento que nos ocupa trae causa de la interposición de una demanda contra una sociedad, presentada por uno de sus socios, en la que se reclamaba la nulidad de todos los acuerdos adoptados en sendas reuniones de la Junta General, alegando, entre otros argumentos, la violación de su derecho de información. Como consecuencia

de esta violación, el demandante entendía que debía cancelarse la inscripción de los acuerdos adoptados, entre los que se encontraba un aumento de capital por compensación de créditos. En primera instancia, se estimó íntegramente la totalidad de los argumentos del demandante, declarando, en consecuencia, la nulidad de los acuerdos y la cancelación de la inscripción del aumento de capital. No obstante, la Audiencia Provincial revocó la decisión de primera instancia.

La vulneración de su derecho de información fue exhaustivamente argumentada por el demandante, que interpretaba no haber recibido suficiente documentación sobre los extremos requeridos, tanto antes de la primera de las Juntas Generales que adoptaron los acuerdos objeto de litigio como durante su celebración. La Audiencia Provincial realiza un pormenorizado y detallado análisis para justificar la estimación del recurso. En él, la Audiencia identifica el derecho de información como un derecho que faculta al socio para obtener del órgano de administración de la sociedad datos que dicho órgano posee o debiera poseer y de los que, en cambio, el socio carece. Se trata de una conceptualización relevante de la que se desprende una conclusión fácil de extrapolar a otros supuestos. Como el socio conocía la práctica totalidad de aquello sobre lo que solicitó información, se entiende que la pretensión del socio en la propia Junta no era obtener información, sino conseguir un consenso que aceptara sus propios cálculos respecto de los créditos a compensar.

No obstante lo anterior, tiene especial interés la interpretación relativa al contenido del informe del órgano de administración sobre los créditos a compensar, que debe ponerse a disposición de los socios a tiempo de la convocatoria de la Junta General, ex artículo 301.2 de la LSC. El



La volatilidad con la que discurren las Juntas Generales de socios es conocida y motiva que, en ocasiones, los acuerdos adoptados varíen, en gran medida, de los inicialmente propuestos.

informe se refería a una capitalización de *“todos o parte”* de los créditos y *“hasta un máximo [...] en la cantidad que determine la Junta General de socios”*. El socio demandante entendía violado su derecho de información por la vaguedad y carácter claramente extensivo de la propuesta. A su juicio, ello le impedía conocer, *a priori*, el acuerdo concreto que se iba a someter a la aprobación por la Junta General, pues el contenido del informe era una referencia muy genérica y excesivamente volátil.

A pesar de la convincente argumentación desarrollada por el demandante, que reclamaba que el acuerdo debería haberse referido a la totalidad de los créditos analizados en el informe del órgano de administración (finalmente solo se capitalizaron una parte), la Audiencia acepta la tesis de la sociedad recurrente. Así, el tribunal entiende más que suficiente que el informe tratase, entre otros, aquellos créditos finalmente compensados, aprobando, por tanto, la ambigüedad, generalidad y falta de concreción del órgano de administración. Por tanto, es suficiente que aquellos créditos cuya compensación ha sido aprobada por la Junta General estén incluidos en el informe del órgano de administración, que no debe ser concreto ni específico en lo que se refiere a la cuantía del proyectado aumento.

La solución adoptada por la Audiencia admite un análisis crítico. La volatilidad con la que discurren las Juntas Generales de socios es conocida y motiva que, en ocasiones, los acuerdos adoptados varíen, en gran medida, de los inicialmente propuestos. Este riesgo se agrava sobremanera cuando lo propuesto no es concreto y el socio (minoritario) no sabe realmente a lo que se enfrenta. En el caso que nos ocupa, los socios mayoritarios habían planteado acudir al aumento mediante una aportación dineraria a aquellos socios que no quisieran hacerlo mediante la compensación

de sus créditos, pero era *“patente que los términos del acuerdo del aumento de capital que hubieran de ser sometidos a votación tendrían que concretarse en el acta de la junta”*. Validar aquellas propuestas de acuerdo cuyo contenido está abierto e indeterminado podría resultar exclusivamente beneficioso para los socios mayoritarios que, además, ocupan la administración de la sociedad.

Novedades en los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros

Iñigo Hernáez y Alfonso Reimunde
Departamento de Corporate / M&A

La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha aprobado una Circular que regula los nuevos modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo y de Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros. Su objetivo es simplificar ciertos aspectos que han perdido trascendencia, destacar o introducir otros necesarios para comprender mejor el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, y, en tercer lugar, dotar de más flexibilidad al formato de los informes.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) aprobó el pasado 12 de junio la Circular por la que se modifican las Circulares 5/2013 y 4/2013, que contienen los modelos de Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC) y de Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros (IARC), respectivamente, tras su sometimiento a consulta pública. La Circular entra en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (se publicó el 16 de julio de 2018) y resultará de aplicación a los informes anuales de gobierno corporativo y a los informes sobre remuneraciones de los consejeros que las entidades obligadas deban presentar correspondientes a los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2018, inclusive.

Hasta la fecha, las entidades obligadas a cumplimentar y proporcionar dichos informes debían ceñirse a un modelo normalizado, lo que acarreaba cierta rigidez, ya que no

cabía adaptar dichos modelos a un formato alternativo que permitiese explicar la verdadera situación y evolución de la entidad. La CNMV a través de esta nueva Circular elimina la obligatoriedad del formato preestablecido y permite que las entidades que lo deseen elijan libremente el modelo de IAGC y IARC, respetando, eso sí, el contenido mínimo que exige la actual legislación. Aquellas entidades que así lo hagan, deberán incorporar un apéndice estandarizado que contenga cierta información estadística que la CNMV necesita para continuar con su labor de supervisión.

Por otro lado, conforme a las exigencias del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, la nueva Circular introduce nuevos contenidos y amplía los relativos a las materias tratadas en este texto, que deben incorporarse en el IAGC. Dichos contenidos afectan a las políticas de diversidad y se refieren, concretamente, a la información sobre diversidad de género. Para las entidades que no sean consideradas pequeñas y medianas según la legislación de auditoría de cuentas, será preciso informar sobre la edad, la eventual discapacidad, la formación y la experiencia profesional de los consejeros.

Otro cambio que merece ser reseñado es el de las modificaciones técnicas introducidas y que se consideran necesarias para informar adecuadamente sobre las entidades obligadas a elaborar los modelos de IAGC y IARC. La Comisión ha detectado que ciertos apartados de los informes que venían siendo utilizados han perdido relevancia, y otros requieren de un cierto desarrollo para entender la situación real de las entidades y su sistema de gobierno



La Circular de la que aquí se da noticia pretende arrojar más luz, concreción y claridad a los informes anuales respecto de la que hasta ahora se venían realizando y que no terminaban de acomodarse a lo que el contexto actual reclamaba.

corporativo y de retribución de consejeros. De esta forma, además de los mencionados contenidos relativos a aspectos no financieros y a diversidad, la CNMV ha establecido que se debe informar e incluir en el IAGC los motivos y las circunstancias vinculadas con la baja de los consejeros (por dimisión, destitución o cualquier otro motivo), resaltando sustancialmente la de aquellos consejeros que sean independientes, así como las propuestas sometidas a la junta general de accionistas que no se hubieran aprobado. Además, en el apartado relativo a los riesgos que atañen al negocio se debe hacer referencia concreta a aquellas circunstancias que se relacionan específicamente con la corrupción. Adicionalmente, el modelo de IAGC incluirá un nuevo anexo para entidades que integran el sector público institucional y el de emisoras de valores distintos de acciones, que será más simplificado y adaptado a sus particularidades.

Por último y de forma particular en relación con el modelo de IARC, se exigirá un mayor detalle en cuanto a la determinación de las remuneraciones variables percibidas por los consejeros y se actualiza el contenido referente a los sistemas retributivos basados en acciones, así como el relativo a sistemas de pensiones y ahorro a largo plazo.

La Circular de la que aquí se da noticia pretende arrojar más luz, concreción y claridad a los informes anuales respecto de la que hasta ahora se venían realizando y que no terminaban de acomodarse a lo que el contexto actual reclamaba. Las modificaciones sin duda tendrán un efecto positivo a la hora de lograr obtener una imagen más real y significativa de las entidades objeto de supervisión. Sin perjuicio de ello, estas entidades podrán elaborar un modelo diferente del legalmente exigido, mejor adaptado a su contexto y a la situación, y específicamente dirigido a diversos grupos de interés.



El “enforcement” de los protocolos familiares y la prestación accesoria de cumplir el protocolo

Guillermo Donadeu
Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 26 de junio de 2018, permite incluir en los estatutos sociales la prestación accesoria no retribuida de cumplir las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar / pacto de socios, siendo para ello suficiente una referencia al protocolo elevado a público.

Armonizar el contenido de los protocolos familiares / pactos de socios con los estatutos sociales, de manera que ambos textos estén alineados o, como mínimo, no resulten incompatibles, evita que los socios queden sujetos a un doble régimen jurídico: el externo o institucional de los estatutos sociales y el interno o contractual del protocolo familiar / pacto de socios.

A tal efecto, uno de los mecanismos más utilizados en la práctica para complementar dicho alineamiento así como para reforzar la eficacia jurídica del protocolo familiar es configura su cumplimiento como una prestación accesoria de los socios, todos o algunos, incluida en los estatutos al amparo del artículo 86 de la LSC.

Mediante recurso interpuesto ante la DGRN contra la nota de calificación aprobada por acuerdo unánime de los Registradores del Registro Mercantil de Valencia, se pretendió la inscripción de una cláusula de los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, según los socios que tuvieran la condición de miembros de la familia, esta-

ban obligados como prestación accesoria no retribuida a cumplir las disposiciones pactadas por los socios fundacionales en el protocolo familiar. Este constaba en la escritura pública reseñada que se identificaba expresamente en los estatutos sociales, y que los socios habían aprobado por unanimidad en la junta general que acordó la modificación estatutaria que preveía dicha prestación accesoria.

Entre otros extremos, el Registro Mercantil de Valencia fundó su negativa a inscribir en que, a su juicio, (i) se infringía el artículo 86 LSC, que exige expresar en estatutos el contenido concreto y determinado de la prestación o de las obligaciones asumidas, pues al consistir la prestación accesoria en el compromiso de cumplir ciertas disposiciones pactadas al margen de los estatutos, se vulneraba el carácter estatutario que expresamente se exige de la prestación accesoria; (ii) también se infringía el artículo 29 LSC, según el cual no son oponibles a la sociedad los pactos que se mantengan reservados entre los socios; y (iii) por último, se entendía que a través de su mención en los estatutos se debía una publicidad al margen de la prevista en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, y en contravención al mismo, dado que los cauces de publicidad que contempla son “*numerus clausus*”.

Atendiendo al primero de los defectos esgrimidos por el Registro, la DGRN considera que el artículo 86 LSC, tras permitir que en los estatutos se establezcan con carácter obligatorio para todos o alguno de los socios prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, las configura como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exigiendo únicamente que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas y, en



Es incuestionable la importancia de esta RDGRN, que muestra una posición liberal que permite vaciar el contenido de los estatutos que se inscriben en el Registro Mercantil, admitiendo la fijación en pactos de las reglas de organización de la sociedad y de las que establecen las relaciones de los socios entre sí.

especial, que se exprese su contenido concreto y determinado o determinable. A tal efecto y en el caso en cuestión, la Resolución establece que la obligación está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido se determina extraestatutariamente de forma perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que la aprobaron sino por los socios futuros que, al adquirir las participaciones sociales, quedarían obligados por la prestación, cuyo contenido estatutario resulta determinable (ex artículo 1.273 del Código Civil).

Por otro lado y en relación con la oponibilidad frente a la sociedad uyo contenido es reservado y conocido solo por algunos socios, sin perjuicio de que la DGRN no se manifiesta sobre dicho extremo de forma directa, conviene traer a colación los argumentos esgrimidos por el recurrente quién, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014 y de 25 de febrero de 2016, esgrime que los pactos de socios son inoponibles respecto de la sociedad si son reservados entre los socios, no por constituir pactos entre los socios. Pues bien, como ocurre en el caso, en el que se acordó aprobar dicho protocolo familiar por la unanimidad de los socios y en junta general, estos vincularon a la sociedad al ser conocidos y aceptados por la misma.

Finalmente y en relación con el último de los defectos apuntados por el Registro Mercantil de Valencia, la DGRN admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto, de los protocolos familiares se asegura frente a la sociedad y los terceros mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es precisamente el empleado en la escritura objeto de calificación, esta es, la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar

como una prestación accesorio, de modo que su incumplimiento se sancionaría facultando a la exclusión del socio incumplidor.

Es incuestionable la importancia de esta RDGRN, que muestra una posición liberal que permite vaciar el contenido de los estatutos que se inscriben en el Registro Mercantil, admitiendo la fijación en pactos (el protocolo familiar) de las reglas de organización de la sociedad y de las que establecen las relaciones de los socios entre sí.

Las normas de protección de acreedores también se aplican al amortizar autocartera

Javier Belmonte
Departamento de Corporate / M&A

Cuando una reducción de capital en una sociedad limitada implica devolución de aportaciones, los acreedores gozan de la responsabilidad personal de los socios por el importe recibido. Este derecho también existe cuando una reducción de capital por amortización de participaciones propias va precedida de su adquisición por la sociedad.

La RDGRN que se comenta tiene su origen en una reducción de capital que se debía llevar a cabo mediante la amortización de una serie de participaciones sociales propias que la sociedad había adquirido previamente. Las participaciones habían sido adquiridas por un importe de 6.000 euros, aunque la reducción se hizo por su valor nominal, que era de 282.605 euros. El administrador dejó constancia en la necesaria certificación de que, a la fecha de la reducción de capital, no existía deuda alguna de la que la sociedad debiera responder. A su juicio, ello determinaba que no fuera necesario dotar reserva alguna, pues no existían deudas anteriores, actuales o desde la fecha en que la reducción fuese oponible a terceros.

Una vez la escritura fue presentada a inscripción en el Registro Mercantil, el Registrador encargado de la calificación de la misma, denegó la inscripción, alegando que no se había cumplido con lo previsto en el artículo 332 de la LSC. En este artículo, se prevé la posibilidad de dotar una reserva indisponible, por un período de 5 años desde la publicación en el BORME. Esta reserva está prevista para poder

cubrir la responsabilidad de los socios a los que se hayan restituido sus participaciones. Adicionalmente, el Registrador se refería al derecho de oposición de los acreedores a las deudas contraídas por la sociedad en los quince días posteriores a la publicación de la reducción en el BORME, momento que aún no había llegado. También alegó la diferencia entre el valor de las participaciones en la compra y el nominal de las mismas.

En su calificación, el Registrador exigía que la diferencia entre el valor de compra y el de reducción debía resolverse, bien mediante una reducción por pérdidas, o bien a través de la constitución de una reserva indisponible/disponible.

Contra la calificación del Registrador, se interpuso recurso alegando que (i) no se había llevado a cabo una restitución de aportaciones a los socios, pues se habían amortizado participaciones en autocartera, (ii) a pesar de la diferencia entre el valor de la compra y el valor nominal, el patrimonio y los derechos de los acreedores continuaba indemnes y (iii) no existían deudas con acreedores pendientes tal y como el administrador había certificado bajo su responsabilidad.

La DGRN recurre a su doctrina anterior (reflejada en una RDGRN de 11 de mayo de 2017), en la que sostenía, aunque para una sociedad anónima, que el régimen de protección de los acreedores también ha de ser tenido en cuenta al reducir el capital por amortización de acciones adquiridas en aunque no se desprenda expresamente del texto legal.

El argumento que utiliza la DGRN para aplicar la protección de acreedores, prevista en el artículo 331 de la LSC para la devolución de aportaciones sociales a la reducción



La RDGRN termina confirmando que la amortización de participaciones propias adquiridas por la sociedad es equivalente a la reducción de capital por restitución de aportaciones sociales.

por amortización de autocartera es que existe una devolución de aportaciones, mediante la compra, en el sentido que se da a esta expresión en sede de reducción de capital y como una de las modalidades del artículo 317 de la LSC. A su juicio, para los acreedores es indiferente el orden temporal con que se haya ejecutado la amortización de acciones. Lo relevante es el hecho de que, a través de la compra, se ha producido un resultado equivalente a la devolución de aportaciones, pero limitado al importe de la compra.

Sobre esta base, la DGRN entiende que la compraventa por la sociedad de participaciones propias por debajo de su valor nominal vulnera el régimen del artículo 331 de la LSC. La restitución por debajo del valor nominal, supone que los socios responderán solidariamente solo hasta el importe efectivamente recibido por las participaciones (6.000 euros en este caso), por lo que la reducción por amortización de autocartera únicamente podrá llevarse a cabo por el valor de la compra de las participaciones. De ahí que la diferencia hasta el valor nominal de las mismas tendrá que reducirse mediante la compensación de pérdidas. La solución permite, a juicio de la DGRN una adecuada protección de los acreedores por una doble vía. Por un lado, la responsabilidad de los socios por la cuantía devuelta por medio de la compraventa (ex artículo 331 LSC) y, por otro, por la necesidad de acreditar las pérdidas que se compensan en el balance verificado por auditor (ex artículo 323 LSC).

La RDGRN termina confirmando que la amortización de participaciones propias adquiridas por la sociedad es equivalente a la reducción de capital por restitución de aportaciones sociales. Esto implica que el régimen de protección de acreedores previsto en el 331 LSC es aplicable al caso

concreto. Incluso en el caso de inexistencia de acreedores al momento en que se acuerde la reducción entrará en juego el sistema, debido a que la protección termina en un momento posterior al acuerdo, lo que supone que están protegidas también las deudas contraídas después de que se haya acordado la reducción.

Contrato de interinidad inusualmente prolongado

Eva Ceca
Departamento de Laboral

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ("TSJ", en lo sucesivo), en su reciente sentencia de 11 de junio de 2018, entiende que la indemnización de veinte días de salario por año de servicio debe abonarse a los trabajadores con contrato de trabajo de interinidad al vencimiento del término del contrato cuando la fecha de finalización de la relación laboral sea imposible de determinar y el contrato de trabajo se prolongue de forma inusualmente larga. Así sucede, según el Tribunal, si se trata de dos o tres años.

La demandante venía prestando servicios en una biblioteca pública desde el 31 de marzo de 2010 en virtud de un contrato de trabajo de interinidad. Más de siete años después, el 23 de octubre de 2017, la demandada procedió a finalizar el contrato de trabajo por la cobertura del puesto de trabajo que ocupaba la trabajadora, sin abonarle indemnización alguna.

La doctrina anterior del TSJ entendía que la diferencia entre un contrato temporal y un contrato indefinido se basa en la definición y contenido de las causas objetivas que justifican la finalización del contrato temporal y las que justifican el despido por causas objetivas, de manera que si las causas fueran idénticas, la indemnización también habría de serlo (por ejemplo, contrato de obra o servicio vin-

culado a una contrata y despido objetivo de trabajador fijo por terminación de contrata).

Sin embargo, el Tribunal se ve obligado a corregir expresamente dicho criterio en tanto que el mismo es rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE"). En concreto, según la nueva doctrina del TJUE dimanante de las sentencias dictadas en los casos Moreira y Montero el pasado 5 de junio de 2018, el elemento nuclear de la diferencia de trato son las expectativas legítimas del trabajador. Así, lo que justifica la diferente indemnización entre los trabajadores temporales y los fijos es que las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término y este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato.

El TSJ critica, precisamente, esa asunción del TJUE según la cual, en virtud de la legislación española, no es necesario para las partes manifestar su voluntad tras la conclusión del contrato. Tras resumir las principales conclusiones alcanzadas por el TJUE en los casos Moreira y Montero, el TSJ destaca que en el caso Montero, a diferencia del caso Moreira, *"la trabajadora no podía conocer, en el momento que se celebró su contrato, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga"*. Así, pese a que dicho contrato finalizó por la causa prevista en el momento de su celebración, el juez debe *"examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo"*.



Las conclusiones alcanzadas en este caso no resultaban previsibles tras la publicación de las sentencias de los casos Moreira y Montero, por lo que es probable que se dicten sentencias contradictorias por otros Tribunales Superiores de Justicia.

Sobre la base de lo anterior, el TSJ entiende que, si en el momento de la ruptura del vínculo laboral la apreciación de la causa no está suficientemente determinada o resulta sorpresiva, la diferencia de trato indemnizatoria no estaría justificada. Esto ocurre, en particular, cuando la causa de finalización del contrato pactada no permite conocer la fecha en la que la misma se producirá y a esta imprevisibilidad *ab initio* de la finalización del contrato se añade una duración inusualmente larga.

Por tanto, la sentencia concluye que el requisito de “imprevisibilidad” se cumple en este caso, puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza que se hizo en el momento de la contratación es totalmente insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en que el contrato llegaría a su fin. Además, no consta que en el momento de la contratación se hubiera iniciado ya la tramitación del necesario proceso selectivo para cubrir la plaza y, por tal causa, se pudiera conocer con cierta precisión la fecha en que la plaza iba a ser cubierta y el contrato extinguido. En este caso, la plaza se cubre siete años y medio después de la contratación, lo que revela la falta de diligencia de la Administración para solventar la situación de interinidad de la misma.

En conclusión, el TSJ entiende que la indemnización del artículo 53 del ET (veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades) habrá de abonarse a los trabajadores con contratos temporales, a la finalización de los mismos, por la causa objetiva pactada como cláusula de temporalidad, siempre que concurren dos requisitos simultáneamente: (i) por un lado, que la causa pactada no consista en una fecha cierta o en un hecho o acontecimiento que por sus propias características permitan determinar desde el inicio con suficiente precisión la fecha de extinción;

y (ii) por otro lado, que el contrato de trabajo en el momento de su extinción haya superado la duración de dos o tres años (según la interpretación que se adopte finalmente cuando sea preciso para resolver algún concreto litigio en el que sea relevante tal diferencia).

En el caso analizado, aun cuando la causa de finalización del contrato (cobertura de la plaza) fue la pactada *ab initio*, el Tribunal entiende que procede el abono de la indemnización de veinte días de salario por año de servicio por que la fecha de finalización era imposible de determinar cuando se celebró el contrato y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga hasta alcanzar los siete años y medio.

A la vista de lo anterior, aunque parecía que las sentencias dictadas por el TJUE en el caso Moreira y Montero rectificando la doctrina anterior del caso De Diego Porras, ponían fin a la controversia, la sentencia dictada por el TSJ no hace sino reavivar el debate e introducir nuevos elementos de interpretación.

Las conclusiones alcanzadas en este caso no resultaban previsibles tras la publicación de las sentencias de los casos Moreira y Montero, por lo que es probable que se dicten sentencias contradictorias por otros Tribunales Superiores de Justicia. Habrá que esperar a que el Tribunal Supremo ponga orden.

Legitimación de la concursada para recurrir en procedimientos ajenos al concurso

Elisa Martín
Departamento de Procesal

El Tribunal Supremo considera que la falta de legitimación para recurrir de una concursada en liquidación fue subsanada con la ratificación posterior de su administración concursal.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018 (Ponente Ignacio Sancho Gargallo) analiza el papel de la concursada en liquidación y de la administración concursal a la hora de interponer recursos en procedimientos en trámite antes de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación.

Es preciso tener en cuenta los distintos hitos temporales que la concursada fue atravesando en el asunto controvertido. Se trata de una sociedad que había sido declarada en concurso de acreedores y que, encontrándose en fase de cumplimiento de convenio, interpuso demanda de juicio ordinario frente a otra mercantil reclamando una serie de cantidades. El hecho de que estuviera en sede de cumplimiento de convenio determina que, cuando la actora formuló la demanda, no le eran aplicables los efectos del concurso. No obstante, antes de la interposición del recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, la sociedad había incumplido el convenio y, en consecuencia, se había visto declarada en concurso de acreedores con apertura simultánea de liquidación. Esto es, cuando la sociedad concursada interpuso el recurso de apelación, su órgano de administración había sido sustituido por la administración concursal al encontrarse bajo el régimen de suspensión en sus facultades patrimoniales. Si bien en ningún momento se tramitó la sustitución de la

representación procesal de la demandante-recurrente, la administración concursal presentó un escrito manifestando su conformidad con la interposición del recurso de apelación por la sociedad concursada aproximadamente un mes después de la misma.

La demandada-recurrida formuló oposición al recurso de apelación, aduciendo como primera cuestión la falta de legitimación de la concursada para haber interpuesto el recurso sin el acuerdo previo de la administración concursal. Sin perjuicio de que la Audiencia Provincial apreció que el posterior escrito presentado por dicho órgano subsanaba el defecto en la interposición del recurso, la demandada-recurrida reprodujo nuevamente esta cuestión ante el Tribunal Supremo por medio de la interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

El objeto del debate reside, en consecuencia, en la validez o no del recurso de apelación interpuesto por la concursada —en liquidación— en solitario, sin el acuerdo o apoyo previo de su administración concursal, cuando posteriormente a la referida actuación procesal se ratificó por la administración concursal.

Para dar respuesta a esta cuestión, el Alto Tribunal integra las normas generales de la Ley Concursal relativas a las facultades de disposición de la concursada sobre su patrimonio en los escenarios de suspensión y mera intervención con aquellas reglas más específicas que regulan los aspectos procesales derivados de los referidos escenarios.

A estos efectos, la Ley Concursal prevé que, cuando resulte de aplicación el régimen de suspensión, la administración concursal sustituirá a la concursada en los procedimientos que estuvieran en tramitación en el momento de declararse



En esta sentencia el Tribunal Supremo opta por una solución que flexibiliza las normas procesales contenidas en la Ley Concursal a favor del concursado.

en concurso. El Tribunal Supremo considera esta norma aplicable también al asunto analizado, de reapertura de concurso como consecuencia de declaración de incumplimiento de convenio. Lo problemático en este caso, en cambio, es que la administración concursal no dio cumplimiento a su función de sustitución del deudor en el procedimiento, sino que permitió que la concursada continuase defendiendo sus intereses patrimoniales y se limitó a prestar su conformidad sobre la interposición del recurso de apelación a posteriori. La apreciación del Alto Tribunal es que la situación de hecho aquí acontecida se ha de interpretar al amparo de las normas del régimen de intervención, esto es, las aplicables cuando el órgano de administración de la concursada está sometido a la supervisión y necesaria conformidad de la administración concursal en el ejercicio de sus facultades patrimoniales. A ello se añade la necesidad de analizar qué quiere decir “conformidad” en la Ley Concursal, es decir, si implica la preceptiva autorización previa a la actuación de que se trate o si la mera ratificación posterior resulta válida. En este punto, determina el Tribunal Supremo que la conformidad de la administración concursal abarca tanto una autorización previa como una ratificación posterior. Así, llevando estos razonamientos al supuesto objeto de la sentencia, la Sala concluye que el hecho de que la administración concursal ratificase la interposición del recurso de apelación por la concursada subsanó el defecto inicial de legitimación. Siendo esto así, el recurso se encontraba válidamente interpuesto para cuando se dictó la correspondiente sentencia, ya que el interés del concurso había sido salvaguardado con la indicada ratificación por parte de la administración concursal.

En definitiva, en esta sentencia el Tribunal Supremo opta por una solución que flexibiliza las normas procesales contenidas en la Ley Concursal a favor del concursado cuando

la administración concursal designada no ha cumplido rigurosamente con las funciones encomendadas.

Perjuicio y rescisión concursal

Álvaro Feu
Departamento de Procesal

La reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 26 de abril de 2018 analiza una cesión en pago realizada justo antes de la declaración de concurso. Atendiendo a las circunstancias concretas del caso (quita del 50% del crédito cancelado; acreedor sin vinculación ni condición especial; convenio posterior con quita similar), el Supremo considera que no procede rescindir la operación.

La Audiencia Provincial había declarado la rescisión de una dación en pago de ciertos derechos sobre unas plazas de garaje a favor de un concreto acreedor. Esta dación en pago tuvo lugar apenas unos meses antes de la declaración de concurso, y cuando la sociedad deudora se encontraba sometida al régimen pre-concursal previsto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En el caso concreto enjuiciado, los derechos cedidos estaban valorados en menos del 50% del crédito cancelado con la dación. Es decir, con la cesión, el acreedor aceptó también una quita de más del 50% de su crédito. Por otro lado, declarado el concurso tuvo lugar la aprobación de un convenio con los acreedores en el que se preveía, precisamente, una quita del 50% de los créditos.

Conforme a la Ley Concursal, son rescindibles los actos perjudiciales realizados por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Sobre el concepto de “perjuicio” a los efectos de la rescisión se ha escrito mucho, habiendo variado su delimitación judicial a lo largo de los años.

La Sentencia de 26 de abril de 2018 parte de la definición de perjuicio, hoy consolidada, como sacrificio patrimonial injustificado. De conformidad con esta doctrina, un acto resulta perjudicial y rescindible cuando minora la masa activa de la que se pagará la generalidad de los créditos sin una justificación bastante.

A estos efectos, es importante señalar también que no cabe equiparar automáticamente el perjuicio con la alteración de las reglas de paridad de trato a los acreedores (*par condicio creditorum*). Si se equiparara perjuicio con alteración en el trato a los acreedores, resultaría rescindible cualquier pago o disposición patrimonial en favor de unos concretos acreedores y no de otros, siempre que ese pago o disposición se hubiera realizado en el período de dos años anteriores al concurso.

El Supremo razona que, si bien la dación en pago tuvo lugar muy próxima a la declaración de concurso –lo que la convierte en especialmente sospechosa–, y aunque efectivamente minoró la masa activa de la que se pagarían los acreedores, lo cierto es que goza de una justificación suficiente.

La justificación radica, fundamentalmente, en la quita de más del 50% del crédito cancelado con la operación: a través de la dación se cancela un crédito sustancialmente mayor que el valor de los derechos dados en pago, reportando un gran beneficio para la masa activa. Además, esa quita coincide aproximadamente con la que después se impondría al resto de acreedores a través del convenio



Desde la perspectiva del acreedor de una sociedad en concurso, puede resultar muy útil un pormenorizado análisis de las operaciones llevadas a cabo por la sociedad concursada en los dos años anteriores al concurso.

concurzal, lo que apunta, una vez más, a que el sacrificio está justificado.

Por otro lado, el Supremo no aprecia ninguna circunstancia especial o vinculación en el acreedor cesionario que permita afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato con el resto de acreedores. Adicionalmente, valora positivamente que el deudor ofreciera a la generalidad de los acreedores pagar a través de este tipo de daciones.

Con base en todo ello, el Supremo concluye que no hay perjuicio ni debe haber, por tanto, rescisión de la dación.

Esta Sentencia evidencia que, aun teniendo los mimbres jurídicos para evaluar el perjuicio de una operación a los efectos de su eventual rescisión concursal, resulta muy difícil anticipar cuál será la decisión judicial al respecto, puesto que la escala de grises es muy amplia y depende, en gran medida, de la subjetividad del juzgador.

Desde la perspectiva del tercero que participa en una operación “de riesgo” con sociedades en dificultades o bajo situación pre-concurzal, se impone, por tanto, valorar adecuadamente su conveniencia y, en su caso, adoptar las mayores cautelas en su definición y ejecución.

Desde la perspectiva del acreedor de una sociedad en concurso, por el contrario, puede resultar muy útil un pormenorizado análisis de las operaciones llevadas a cabo por la sociedad concursada en los dos años anteriores al concurso, a fin de instar la rescisión de aquellas que resulten perjudiciales y, con ello, aumentar la masa activa y maximizar las posibilidades de recuperación del crédito.

Sea como fuere, no cabe duda de que la rescisión concursal continuará dando lugar a una gran controversia judicial.



La (no tan nueva) naturaleza del préstamo con interés

Mariano Yzquierdo
Departamento de Procesal

Está dando mucho que hablar la reciente STS de 11 de julio de 2018, que aplica el artículo 1124 del Código civil para que el prestamista pueda resolver por impago un préstamo por el incumplimiento de la otra parte.

Y hay conspicuos civilistas que se sorprenden, entendiendo que la resolución por incumplimiento tiene su campo de juego limitado a los contratos con obligaciones recíprocas, y que el préstamo no lo es, pues, perfeccionado el contrato no por el consentimiento de las partes sino por la entrega del capital prestado, nos hallamos ante un contrato de naturaleza real (no consensual) y del que solamente surgen obligaciones para una de las partes.

La Sentencia de 11 de julio de 2018, de la que es Ponente mi colega María Ángeles Parra Lucán –la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha ganado una gran Magistrada, pero la Universidad de Zaragoza ha perdido una gran Catedrática–, contiene una síntesis reflexiva, documentadísima y de claridad meridiana sobre un aspecto del contrato de préstamo que desde hace tiempo ha estado presente en la doctrina de los autores y, por lo mismo, en la práctica diaria. De hecho, decía sin reservas el profesor Lacruz Berdejo –y ya hace casi treinta años que falleció– que el contrato de mutuo, si lleva pacto de intereses, «es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondido por la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega». ¡Y lo decía con apoyo en una sentencia de 1915!

Por lo tanto, el tema no es nuevo. Y casi limitaré estas líneas a relatar los antecedentes para que mi amable lector estará de acuerdo con lo decidido. Al fin y al cabo, Parra Lucán es “nieta académica” del profesor Lacruz. En el caso, sucedía que los dos demandantes habían prestado cada uno 50.000 euros a una mercantil, haciendo constar que el dinero había sido ya entregado y que su destino era para la construcción de una residencia de mayores. La prestataria quedaba comprometida a la devolución del capital y los intereses remuneratorios en cuotas semestrales en un plazo máximo de 10 años. Transcurrido el período de carencia de seis meses, la prestataria podría devolver íntegramente el capital prestado en un solo pago o, si lo solicitaban los prestamistas, proceder a una ampliación del capital social del 2 por ciento para cada uno de los prestamistas.

No se hizo pago alguno, y tres años después Previndal envió a los actores un burofax en el que les comunicó que no iba a pagar y que, transcurrido el período de carencia, debían haber comunicado que no iban a solicitar la conversión del préstamo en capital social. Con muy buen criterio, Don Eleuterio y doña Brígida contestaron que ellos nunca habían solicitado la ampliación del capital social para el pago de la deuda y que se oponían expresamente a ello, por lo que solicitaban la devolución de los 100.000 euros más el importe del interés estipulado. Faltaría más...

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Aunque en el petitum de la demanda no se mencionó la resolución del contrato sino solo la condena al pago de las cantidades debidas, la audiencia previa permitió que el juzgado considerase que en realidad tal devolución era precisamente la consecuencia de la resolución contractual. Y si los prestamistas no habían realizado acto alguno que



Los contratos de préstamo en los que se aprecie corresponsividad de prestaciones son también contratos sinalagmáticos.

pusiera en evidencia su voluntad de convertirse en socios, lo que procedía era devolver el préstamo. Poco importaba que se estipule en el contrato la cláusula de vencimiento anticipado. Si no se admite la resolución y sólo la reclamación de las cuotas que fueran venciendo, un prestamista se vería condenado a esperar a que se fueran produciendo los sucesivos vencimientos para verse restituído. Lo mismo mantuvieron la Audiencia Provincial y ahora, el Tribunal Supremo.

Con extraordinaria claridad, la sentencia dice que el remedio del artículo 1124 solo se reconoce en los contratos con prestaciones recíprocas, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra. Si no median vínculos recíprocos y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124. Y así será cuando el prestatario solamente asume el compromiso de devolver el capital prestado, pero la situación es diferente cuando quien recibe el dinero asume otros compromisos, que son los que dan sentido a lo convenido. Por ejemplo, dedicar el dinero a cierto destino, como sucedía en el caso. O, por ejemplo también, cuando haya préstamo con interés, donde cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

Pero hay más: «El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad (...). De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso

de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».

A mi juicio, no hacía ninguna falta una sentencia con deliberación plenaria para decir que la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil está prevista solamente para los contratos recíprocos. Sí hacía falta en cambio una clara toma de partido para decir otra cosa: los contratos de préstamo en los que se aprecie corresponsividad de prestaciones son también contratos sinalagmáticos. Y el caso es que el propio Tribunal Supremo ya se había encargado de decirlo en sentencia (nada menos que) de 4 de octubre de 1915. Ciento trece años después lo manifiesta de nuevo, pero en Pleno.

La Comisión Europea propone reforzar los derechos de los consumidores

Gabriel Lecumberri
Departamento de Competencia y UE

Escándalos como el del diésel de los fabricantes de automóviles o los retos que plantea el consumo online manifiestan que el Derecho de los consumidores de la UE, uno de los más garantistas del mundo, aún tiene margen de mejora. La Comisión Europea ha propuesto dos directivas para fortalecerlo, a través de derechos de reclamación colectiva y sanciones disuasorias, entre otras medidas...

La Comisión Europea ha propuesto [dos directivas](#) para fortalecer el régimen europeo de protección al consumidor. Mediante esta reforma, el Ejecutivo europeo pretende complementar una legislación que, pese a su naturaleza garantista, se ha mostrado poco contundente en su ejecución frente a casos como el *Dieselgate* de los fabricantes de automóviles o los desafíos que genera el comercio *online*.

De forma más detallada, las directivas propuestas pretenden:

- i. El establecimiento de un derecho europeo de reclamación colectiva para grupos de consumidores. Entidades cualificadas –por ejemplo, organizaciones de consumidores– podrán obtener indemnizaciones en nombre de un grupo de consumidores que haya resultado perjudicado por prácticas comerciales ilegales. El régimen se limita, sin embargo, para evitar reclamaciones de daños al estilo estadounidense. Por ejem-

plo, de la legitimación para el ejercicio de dichas acciones se excluye a las firmas de abogados.

- ii. El establecimiento de un régimen de sanciones disuasorio, especialmente en el caso de infracciones “generalizadas” que afectan a varios Estados miembros. La nueva directiva garantizaría la imposición de forma coordinada de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” por las autoridades nacionales encargadas de la protección de los consumidores.
- iii. Mayor protección del consumidor individual europeo contra prácticas comerciales desleales. La directiva pretende garantizar que las legislaciones de todos los Estados miembros establezcan el derecho a la resolución del contrato frente a la vulneración de los derechos de los consumidores por las empresas, así como un sistema que garantice la acción por daños y perjuicios.
- iv. Mayor transparencia en los mercados en línea. La propuesta de directiva persigue una mejor identificación de los sujetos que están detrás de la transacción económica. Esta identificación es esencial a efectos de potenciales reclamaciones. En muchas ocasiones, el consumidor desconoce si está adquiriendo productos de un comerciante o de un particular, lo cual es esencial, pues solamente en el primer caso estaría protegido por la legislación en materia de derechos de los consumidores. En segundo lugar, se persigue más transparencia en los resultados de las búsquedas en las plataformas online. Una de las principales preocupaciones de las autoridades de competencia y consumo es que, en las búsquedas *online*, pueda darse preferencia a la marca que más paga por aparecer en



El proyecto legislativo deberá debatirse en el Parlamento Europeo y en el Consejo de la UE, por lo que habrá que esperar a las enmiendas de ambas instituciones para ver cuál es el resultado final.

los primeros puestos, ignorando los parámetros introducidos por el consumidor. La norma endurecería las exigencias de información sobre la aplicación de dichos parámetros por las plataformas de búsqueda. En tercer lugar, los servicios digitales “gratuitos” –servicios de almacenamiento en nube, redes sociales o cuentas de correo electrónico que los consumidores no pagan con dinero, pero permiten acceder a datos personales–, estarán cubiertos por los derechos de información y de desistimiento –catorce días para anular el contrato suscrito– que ya se aplican a los servicios digitales de pago.

- v. La actualización de las normas sobre el tratamiento de la calidad dual de los productos de consumo. La nueva directiva prevé una modificación de la [Directiva sobre prácticas desleales](#) para permitir que las autoridades de los Estados miembros prohíban la comercialización de productos que se presentan como si fueran idénticos en el mercado de varios Estados miembros cuando, en realidad, sus características difieren de forma significativa de un país a otro. Esta práctica engañosa y desleal es habitual, por ejemplo, en los productos de alimentación.
- vi. La mejora de algunas condiciones para las empresas. El nuevo acuerdo limita el derecho de desistimiento de los consumidores, que deja de ser imperativo si el producto ya se ha utilizado, limitándose a los casos en los que simplemente se hayan probado como se haría en una tienda física –por ejemplo, una prenda de vestir–. Asimismo, las empresas no tendrán que reembolsar a los consumidores la cuantía de dichos productos hasta que no hayan sido devueltos. Las nuevas normas también introducen más flexibilidad en la for-

ma en que los comerciantes pueden comunicarse con los consumidores, permitiéndoles que utilicen formularios *online* o chats de mensajería instantánea en lugar del correo electrónico.

Como puede observarse, la propuesta de la Comisión pretende una reforma de largo alcance. Sin embargo, el proyecto legislativo deberá debatirse en el Parlamento Europeo y en el Consejo de la UE, por lo que habrá que esperar a las enmiendas de ambas instituciones para ver cuál es el resultado final de una reforma de gran trascendencia para el derecho de los consumidores a nivel europeo.

Tomando las “fake news” en serio

Ignacio Astarloa
Departamento de TMC

El fenómeno de contar mentiras y, en particular, de difundir mentiras con apariencia de noticias verídicas, tiene mayor impacto que nunca por la facilidad de cualquier ciudadano de compartir cualquier comentario *online*, con un impacto universal inmediato. Comentarios que los demás ciudadanos pueden a su vez difundir infinitamente, sin filtros de comprobación por nadie. Y que las cuentas para la difusión masiva automatizada (*bots*) sobredimensionan, multiplicando la viralidad.

De ello se están aprovechando toda clase de sujetos (individuos, organizaciones, partidos políticos, medios de comunicación, Estados,...) con los más variados objetivos: maniobrar sobre decisiones personales, manipular la opinión pública, desprestigiar o enaltecer personas, hacer lobby, obtener réditos económicos o políticos; propagar ideologías o creencias; difundir extremismos; agitar crisis; contribuir a la ciberdelincuencia o el ciberterrorismo,...

Se dice que para 2022 estaremos consumiendo más noticias falsas que verdaderas. Pero no agobia solo el número. El Brexit, la propaganda sobre el fracaso de Europa, las elecciones en USA o en Francia, o las manipulaciones sobre el referéndum secesionista ilegal en Cataluña, revelan que ya no hay proceso político que no se vea afectado por la manipulación de la información, incluyendo la interferencia entre Estados. Y la sensación de que algo hay que hacer se

ha multiplicado al conocerse la utilización de los datos obrantes en Facebook para manipular la campaña electoral norteamericana, y las subsiguientes excusas de Zuckerberg ante los Parlamentos de América y Europa.

No hay recetario de medidas sobre las *fake news* que no incluya los capítulos de la concienciación y la autoregulación. Pero parece poco realista pensar que de este modo vamos a resolver el problema o mitigarlo de forma significativa. Apelar al autocontrol de las plataformas digitales o a programas educativos de usuarios, como acaba de hacer, de forma decepcionante, la Comisión Europea, está muy bien, pero no basta para afrontar el problema en su verdadera magnitud.

Desde luego, los medios y los prestadores de servicios de Internet deben extremar sus capacidades para preservar la verdad y frenar la difusión de la mentira. Son por eso bienvenidos los verificadores que están naciendo para desmentar mentiras y el hecho de que las plataformas empiecen a tomar medidas como las de etiquetar noticias falsas o trazar colaboraciones con estos *fact checking groups*. Incluyendo, como estos días está haciendo Facebook, imágenes y videos.

Pero sin duda, frente a las tímidas reacciones del presente, los Estados y las organizaciones internacionales no van tardar en tomarse en serio el problema de manera mucho más incisiva. Seguro que las plataformas no ignoran que es imposible sostener un escenario en el que, sin intervenir para evitarlo, son cauce imparable de falsedades y manipulaciones para derribar Gobiernos, adulterar elecciones o consultas populares, amenazar la democracia, vulgarizar en fascículos *online* la ciencia del crimen y el terrorismo, anular contratos o manipular la economía mundial. Antes



Tenemos en definitiva sobre la mesa un reto formidable ante el que hay que ponerse ya manos a la obra y con tratamientos verdaderamente efectivos y no con los simples apósitos del voluntarismo.

o después van a intervenir los poderes públicos con medidas que van a ir mucho más allá de apelar a la buena voluntad de los intermediarios, aunque solo sea por razones de pura supervivencia del Estado democrático.

Es cierto que, como ocurre con otras legislaciones, la que afronte la difusión exhaustiva de noticias falsas va ser cualquier cosa menos fácil. El volumen de información a vigilar es brutal. Discriminar lo verdadero y lo falso no es precisamente sencillo. La frontera con rumores, sátiras, periodismo escandaloso, propaganda o publicidad, por citar solo algunas zonas conflictivas de delimitación, será siempre borrosa. Y, por supuesto, se trata de no perjudicar la libertad de expresión. Pero para eso existen los poderes públicos y el Derecho, para proporcionar soluciones posibles a problemas complejos. Para el caso del conflicto entre bienes jurídicos –y aquí hay muchas libertades en conflicto: privacidad, fama, seguridad, propiedad intelectual,...–, disponemos los juristas de técnicas de ponderación entre derechos fundamentales, buscando equilibrios razonables. Con demasiada frecuencia se olvida además que el derecho a comunicar o recibir información se limita, en el artículo 20 de nuestra Constitución, a la información “veraz”.

Se requerirán medidas, proporcionadas, a todos los niveles. Tradicionales (incentivos, sanciones,...) o propias del siglo XXI (algoritmos, nueva cultura digital...). Por citar solo algunas que ya se barajan: incentivar a medios fiables; reducir valoraciones que disminuyan anunciantes (como ya planteó Google); articular algoritmos que diferencien entre lo verdadero y lo falso; imponer procedimientos de alerta temprana; cerrar cuentas falsas que agitan ánimos o cuentas automatizadas que se hacen pasar por personas reales; crear organismos independientes que permitan afrontar (o

ayudar a los jueces a afrontar) los casos arduos; imponer que los proveedores de servicios de Internet hagan pública la trazabilidad de sus informaciones y contenidos, evidenciando las fuentes; actuar contra quién financia determinados mensajes o en determinados periodos (como los electorales), etc...

La Ley alemana multa ya la no eliminación inmediata de determinados mensajes o noticias. El proyecto Macron plantea autoridades especializadas, transparencia de patrocinadores, supresión de noticias o cierre de cuentas, e incluso delitos en casos muy graves... Entre nosotros, el PP ha sometido a debate en el Congreso –sin éxito– una Proposición para “sellar” falsedades, fortalecer los servicios de seguridad pública y reforzar la cooperación internacional. Y el PSOE ha propuesto, entre sus enmiendas a la reforma de la LPD, que los responsables de las redes sociales garanticen la veracidad informativa, y que se ejecuten “protocolos efectivos” para “eliminar contenidos que atenten contra el derecho constitucional a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación”.

Tenemos en definitiva sobre la mesa un reto formidable ante el que hay que ponerse ya manos a la obra y con tratamientos verdaderamente efectivos y no con los simples apósitos del voluntarismo. Con la implicación de todos. Los sujetos públicos liderando y ejecutando una auténtica política dirigida a combatir las noticias falsas. Y los sujetos privados, priorizando decididamente la autorregulación, y contribuyendo para que la regulación que va a venir sea al tiempo lo más efectiva y lo menos invasiva posible.

Facultades de la Administración en el procedimiento de comprobación limitada: criterios aclaratorios

Rafael Ortiz de Zuriarrain
Departamento de Tributario

A través de la doctrina sentada por la resolución que comentamos se establece una mayor concreción sobre las facultades de la Administración cuando en el seno de la misma se hace preciso el examen de la información que consta en declaraciones tributarias de terceros distintos del propio obligado tributario objeto de comprobación.

El pasado 10 de mayo de 2018 el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), conforme a lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), dictó la resolución 02334/2018/00/00 para la unificación de criterio.

Mediante esta resolución el TEAC ha establecido dos criterios en relación con el artículo 37.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF) sobre las siguientes cuestiones:

- Alcance de un procedimiento de comprobación limitada a partir de los datos contenidos en declaraciones, con información contable, presentadas por otros obligados tributarios.

- Procedencia para solicitar la aplicación de la tasación pericial contradictoria.

Respecto al primero de los criterios, el Tribunal ha señalado que no es improcedente, en principio, que en el seno de un procedimiento de comprobación limitada la Administración utilice para la determinación del valor teórico y del de capitalización, en virtud de la presunción *iuris tantum* del artículo 37.1.b) LIRPF, los datos de balance y cuenta de resultados contenidos en las declaraciones presentadas por otro obligado tributario (en este caso, el modelo relativo al Impuesto sobre Sociedades presentado por la entidad participada). Ahora bien, si el obligado tributario cuestionase los datos consignados en el balance y cuentas de resultados de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades de la entidad participada a partir de los cuales se han determinado los valores teóricos y de capitalización, tales datos deberían ser contrastados por la Administración.

Es por este último punto cuando el Tribunal viene a unificar el criterio de que la Administración no puede proseguir por la vía del procedimiento de comprobación limitada en la medida en que no se está basando en la información contenida en las declaraciones presentadas por la entidad participada en cumplimiento de la obligación de información regulada en los artículos 93 y 94 de la LGT, sino en una declaración del Impuesto sobre Sociedades presentada por otro obligado tributario. Por ello, la Administración no se encontraría amparada por las presunciones en materia tributaria del párrafo segundo del artículo 108.4 de la LGT dado que requiere que estos datos sean contrastados.

Por lo anterior, y acudiendo a lo indicado en el artículo 136.2 de la LGT, en el seno de una comprobación limitada



El TEAC viene a confirmar lo que la LGT establece en su artículo 135, es decir, que la tasación pericial contradictoria exige, por tanto, que haya existido una previa comprobación de valores por parte de la Administración.

no resulta posible contrastar la información contenida en la declaración presentada por un tercero cuando el obligado tributario cuestionase los datos consignados en la misma.

Este criterio es concorde a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015 en relación con la justificación de la modificación introducida en la letra c) del artículo 136 de la LGT *"Se modifica el régimen jurídico de la comprobación limitada al objeto de facilitar la protección de los derechos del obligado tributario al permitirle que, voluntariamente y sin requerimiento previo, pueda aportar en el curso de un procedimiento de comprobación limitada su contabilidad mercantil para la simple constatación de determinados datos de que dispone la Administración, sin que dicha aportación voluntaria tenga efectos preclusivos"*.

Dicho lo anterior, el Tribunal no termina de establecer cómo debe el obligado tributario que está soportando el procedimiento de comprobación limitada desvirtuar la contabilidad de un tercero ni el grado de duda que debe generarse para la conclusión del procedimiento de comprobación limitada, por lo que habrá que analizar caso por caso.

Por otra parte, en relación con la procedencia de la tasación pericial contradictoria regulada en los artículos 57 y 135 de la LGT frente a la regularización de una ganancia patrimonial derivada de la transmisión de valores no cotizados por aplicación del artículo 37.1.b) LIRPF, el TEAC ha señalado que no procede dicha acción puesto que el propio artículo 37.1.b) de la LIRPF ya impone un valor mínimo de transmisión (el mayor entre el teórico y el de capitalización) salvo que el obligado tributario pruebe otro importe.

De este modo, el TEAC viene a confirmar lo que la LGT establece en su artículo 135, es decir, que la tasación pericial contradictoria exige, por tanto, que haya existido una previa comprobación de valores por parte de la Administración mediante alguno de los medios de comprobación señalados en el artículo 57.1 de la LGT.

Asimismo, el artículo 159.5 del Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de Gestión e Inspección dispone que *"No se considerarán actuaciones de comprobación de valores aquellas en las que el valor de las rentas, productos, bienes o elementos de la obligación tributaria resulte directamente de una ley o de un reglamento"*.

Por tanto, si (i) el obligado tributario no prueba que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían contenido partes independientes en condiciones normales de mercado y (ii) la Administración se limita a aplicar el valor mínimo indicado en el artículo 37.1.b) LIRPF (que no resulta de comprobación de valor alguna) entonces, el obligado tributario no podrá promover la tasación pericial contradictoria.



Nueva obligación de información para las plataformas colaborativas: Modelo 179

Alejandra Jiménez
Departamento de Tributario

El pasado 30 de mayo 2018 fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado la Orden HFP/544/2018 (en adelante “la Orden”), de 24 de mayo de 2018, en virtud de la cual se aprueba el modelo 179 “Declaración Informativa trimestral de la cesión de viviendas con fines turísticos.”

La aprobación de la Orden tiene por objeto dar cumplimiento a la obligación de informar acerca de la cesión de uso de viviendas con fines turísticos, contenida en el artículo 54 ter del Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante “Real Decreto 1065/2007”).

Obedeciendo a una finalidad preventiva, el propio Real Decreto 1070/2017, en virtud del cual se modifica el Real Decreto 1065/2007, Real Decreto que regula la obligación de información antes mencionada, dispone en su preámbulo que la obligación de información se establece con la finalidad de prevenir del fraude fiscal, mencionando de forma expresa a las “plataformas colaborativas”.

Así, y respecto de los sujetos obligados a presentar el modelo 179, el artículo 2 de la Orden establece que la obligación recaerá sobre las personas y entidades que intermedian entre los cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos.

¿Qué se entiende por cesión de uso de viviendas con fines turísticos? ¿Cualquier cesión? ¿Qué ocurre con los alojamientos turísticos a los que sea de aplicación una normativa específica? ¿Serían también objeto de la declaración informativa?

Con el objeto de evitar cuestiones interpretativas sobre quien es el sujeto obligado a presentar el citado modelo, la Orden, al regular quienes son las personas y entidades obligadas a presentar el modelo 179 se remite a “los términos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 54ter.”

El artículo 54ter prevé en sus apartados 2 y 3 una definición de cesión de uso de viviendas con fines turísticos.

De forma positiva, la cesión de uso de viviendas con fines turísticos constituye una cesión –total o parcial– del uso de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediata, siendo indiferente tanto la finalidad de la cesión (cesión que por otra parte puede ser gratuita u onerosa) como el canal de comercialización.

De forma negativa, se excluyen del concepto de cesión de uso de viviendas con fines turísticos –a los efectos de presentar el modelo informativo 179– los arrendamientos y subarrendamientos de vivienda regulados en la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (en adelante “Ley 29/1994”); los alojamientos turísticos regulados por su normativa específica (a modo de ejemplo, establecimientos hoteleros, alojamientos rurales, entre otros) y el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles. Se excluyen también los usos y contratos a que se refiere el artículo 5 de la Ley 29/1994 (uso de viviendas militares; uso de viviendas por empleados siempre que las mismas se asignen en función de su cargo; así como el uso de viviendas univer-



Si bien es cierto que el modelo 179 deberá presentarse con carácter trimestral, respecto al ejercicio 2018, el plazo de presentación tendrá carácter anual.

sitarias calificadas como tal por la Universidad o responsable de las mismas asignadas a alumnos o personal docente y/o administrativo de la citada Universidad).

No obstante, si se califican como cesión de uso de viviendas con fines turísticos los usos y contratos previstos en el artículo 5 apartado e) de la citada Ley, precisamente por referirse a *"la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial."*

El modelo, que tendrá una periodicidad trimestral –debiendo presentarse durante el mes natural siguiente a la finalización del trimestre– deberá incluir información relativa al(a los) titular(es) del inmueble, al inmueble (dirección y en caso de disponer de la misma, referencia catastral), así como información relativa a la cesión (número de días de disfrute de la vivienda, en caso de que la cesión fuere a título oneroso, el importe percibido y el medio de pago utilizado, fecha de inicio de la cesión, fecha de intermediación y número de contrato en virtud del cual el declarante intermedia en la cesión).

A pesar de que la propia Orden contempla el carácter opcional de proporcionar cierta información regulada en el modelo 179 –información relativa a fecha de intermediación de la cesión, número de contrato en virtud del cual se intermedia en la cesión y medio de pago utilizado en caso de que la cesión fuera onerosa– lo cierto es que el suministro de la misma podría mitigar o reducir los potenciales requerimientos de información de la Agencia Tributaria relativos a la cesión de los inmuebles incluidos en el modelo 179.

La obligación de información será de aplicación respecto de las cesiones de uso de viviendas con fines turísticos realizadas a partir de 1 de enero de 2018 y cuya intermediación se produjera a partir de dicha fecha. Si bien es cierto que el modelo 179 deberá presentarse con carácter trimestral (como así dispone el artículo 4 de la Orden), respecto al ejercicio 2018, el plazo de presentación tendrá carácter anual –debiendo por tanto presentarse el Modelo 179 relativo al ejercicio 2018 entre 1 y el 31 de enero de 2019 (conforme regulado en la Disposición transitoria única de la norma).

Respecto a la forma de presentación del modelo 179, la Orden regula la presentación del mismo mediante la remisión de la información a través del envío de los correspondientes mensajes informáticos.

Responsabilidad del administrador por cese. ¿Cuándo se entiende producido el cese de la actividad?

Carlos Palma
Departamento de Tributario

El Tribunal Económico-Administrativo Central ("TEAC") señala como criterio vinculante que el momento de cese efectivo para la declaración de la responsabilidad subsidiaria de los administradores de hecho o de derecho de persona jurídica cuando ésta desarrolle varias actividades de manera simultánea en locales diferentes y tiene varias fechas de baja en el IAE de cada actividad, no se concreta en un momento temporal sino a lo largo del ejercicio.

El TEAC en su resolución de un recurso de alzada para la unificación de criterio de fecha 26 de abril de 2018, analiza la aplicación del artículo 43.1.b) de la Ley General Tributaria ("LGT") a los efectos de determinar el momento temporal de cese efectivo de la actividad de la persona jurídica para la derivación de la responsabilidad al administrador.

El Tribunal estima el recurso extraordinario de alzada interpuesto por la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia que considera que cuando se desarrollan dos actividades, el momento del cese de la actividad se hace coincidir con la fecha de la primera baja en el IAE.

El precepto antes mencionado establece que serán responsables subsidiarios de las deudas tributarias de la persona

jurídica *"Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago"*.

Esto es, la derivación de responsabilidad subsidiaria requiere tres requisitos: (i) el cese de hecho de la actividad por la persona jurídica, (ii) la existencia de deudas tributarias no prescritas y (iii) la condición de administrador en el momento de cese para la derivación de responsabilidad.

La cuestión controvertida es determinar el momento del cese de la actividad de la persona jurídica. Pues bien, es irrefutable que la carga de la prueba del cese de la actividad le corresponde a la Administración Tributaria. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la resolución objeto de comentario, admite, en estos supuestos, como medio de prueba las presunciones.

El TEAC admite como indicios que acreditan el cese de actividad, entre otros, la falta de actividad en las instalaciones, el abandono del domicilio social, disminución significativa de compras y ventas, baja de los trabajadores, falta de presentación de autoliquidaciones, presentación con resultados negativos o con importante disminución de sus importes, cancelación de cuentas bancarias, baja a efectos, del IAE, etc.

Otro argumento utilizado por la administración es el incumplimiento de los administradores de la normativa mercantil que obliga al administrador, cuando la persona jurídica está incurso en causa de disolución, a convocar la



El cese de actividades ha de ser completo, definitivo e irreversible, aunque con matizaciones para evitar conductas fraudulentas como simular cierta actividad.

Junta en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o a que, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

La dificultad para determinar el cese de hecho y la derivación de responsabilidad al administrador, en la mayoría de las ocasiones, por la inactividad de la persona jurídica, exige a la administración a realizar un mayor esfuerzo probatorio.

El TEAC fundamenta sus argumentos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2017, aunque hace mención a un supuesto de responsabilidad subsidiaria del artículo 40 de la Ley General Tributaria de 1963. En la mencionada Sentencia, el momento en que tal cese se entiende producido no se circunscribe a una fecha concreta sino a un ejercicio, una vez que deja constancia de esta ausencia de actividad.

En definitiva, el criterio del TEAC, vinculante para los tribunales económico-administrativos regionales a los efectos de la declaración de responsabilidad subsidiaria del administrador de una persona jurídica del artículo 43.1.b) LGT, puede resumirse en los siguientes puntos:

- El cese de actividades ha de ser completo, definitivo e irreversible, aunque con matizaciones para evitar conductas fraudulentas como simular cierta actividad.
- El cese de hecho se podrá demostrar con los elementos fácticos deducidos de los indicios antes citados.
- El cese de hecho no se produce en un momento temporal concreto, sino a lo largo de un ejercicio.

- Cuando son varias las actividades de alta en el IAE, la baja en uno de los epígrafes no determina el cese de hecho para el resto.

CMS en el mundo

The Americas

Bogotá
Lima
Mexico City
Rio de Janeiro
Santiago de Chile

Algiers
Casablanca
Luanda

Africa

Europe

Aberdeen
Amsterdam
Antwerp
Barcelona
Belgrade

Berlin
Bratislava
Bristol
Brussels
Bucharest

Budapest
Cologne
Duesseldorf
Edinburgh
Frankfurt

Funchal
Geneva
Glasgow
Hamburg
Kyiv
Leipzig
Lisbon
Ljubljana
London

Luxembourg
Lyon
Madrid
Manchester
Milan
Monaco
Moscow
Munich
Paris

Podgorica
Poznan
Prague
Reading
Rome
Sarajevo
Seville
Sheffield
Skopje

Sofia
Strasbourg
Stuttgart
Tirana
Utrecht
Vienna
Warsaw
Zagreb
Zurich

Dubai
Istanbul
Muscat
Riyadh
Tehran

Middle East

Beijing
Hong Kong
Shanghai
Singapore

Asia-Pacific



Hechos y datos

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

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



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

www.cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

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

eguides.cmslegal.com

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

CMS locations:

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

cms.law