

## Opinión

## Prohibido abusar de los proveedores



Pere Brachfield

Hans Kelsen, un eminente jurista vienés, consideraba que las normas del Derecho son preceptos coactivos de la conducta humana que ordenan una determinada actuación. La ley faculta a los poderes del Estado para dirigir contra el infractor un acto coactivo como sanción. Kelsen aseguró que sin sanción no hay deber jurídico, y definió éste como una norma jurídica positiva que ordena la conducta de los individuos al vincular una sanción al comportamiento contrario a dicha norma. La norma debe contener un mandato y una consecuencia jurídica al incumplimiento de dicho mandato; es decir, una sanción. Karl Binding, un insigne jurista alemán, expresó un pensamiento similar al de Kelsen cuando afirmó que una norma sin sanción es como una campana sin badajo. El profesor Federico de Castro y Bravo, catedrático de Derecho de diversas universidades, académico, investigador y juez del Tribunal Internacional de La Haya, cuyo pensamiento jurídico está ya tan asumido por la doctrina y la jurisprudencia que se ha convertido en cultura legal común de la mayoría de letrados, pronunció la lapidaria sentencia: “En España, la abundancia de leyes se mitiga con su incumplimiento”.

Otro punto es que el preclaro político Álvaro de Figueroa y Torres –más conocido como conde de Romanones–, que fue presidente del Congreso de los Diputados, ministro y tres veces presidente del Consejo de Ministros durante el reinado de Alfonso XIII, dijo en una ocasión: “Señorías, hagan ustedes las leyes y déjenme a mí los reglamentos”. El célebre político liberal sabía por experiencia que el poder legislativo tiene su espacio haciendo las leyes, pero el ejecutivo puede reservarse la última palabra mediante los reglamentos. Un reglamento bien redactado es decisivo para que se pueda implementar en la práctica una ley promulgada.

Federico de Castro estableció una irónica regla no escrita de derecho: las leyes se publican en el BOE, pero luego nadie se encarga de realizar una función coercitiva para asegurar el cumplimiento de la norma jurídica. En nuestro siglo, el Estado español legisla cada vez más sobre cuestiones implicadas en la actividad empresarial. Cada año, en España se produce un aluvión legislativo, tradición que ya denunció el filósofo Ortega y Gasset en los años treinta del siglo pasado con su aforismo: “El Estado se ha convertido en una máquina ametralladora de disparar continuamente leyes”. Este tsunami que incrementa nuestro ordenamiento jurídico resulta imposible de asimilar incluso para el jurista más docto, a menos que tenga memoria fotográfica para recordar la apabullante cantidad de normas promulgadas.

## Régimen sancionador

Las máximas de Karl Binding, Federico de Castro y Romanones nos ofrecen una buena explicación del fracaso de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales: la falta de interés político en implementar los preceptos instaurados por esta Ley y la ausencia de medidas coercitivas para hacerla cumplir. Desde hace muchos años, los expertos en lucha contra la morosidad hemos sugerido la idea de establecer un régimen sancionador en caso de incumplimiento de los plazos de pago legales, similar al

existente en la legislación francesa (Article L441-6-I du Code de Commerce), para que la norma contra la morosidad se cumpla en la realidad empresarial de este país. La promulgación de un régimen de infracciones y sanciones como existe en nuestro país vecino, donde los compradores que no respetan los plazos de pago legales e imponen condiciones de pago abusivas a sus proveedores pueden ser sancionados con multas administrativas que llegan a los dos millones de euros. Además, se imponen las mismas sanciones a los clientes que imponen cláusulas abusivas para retrasar con triquiñuelas de *cash management* el pago a sus proveedores.

El 9 de mayo, el grupo parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición de Ley de refuerzo de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales cuyo texto fue calificado y admitido a trámite. Vale la pena decir que, en la votación plenaria de la toma en consideración de dicha proposición, se cosecharon 335 votos a favor (en el Congreso hay 350 diputados), ninguno en contra y cero abstenciones. En estos momentos, la Proposición de Ley está en trámite parlamentario, por lo que no hay que



cantar todavía victoria, como se han apresurado a hacer algunos. No hay que olvidar que el trámite de presentación de enmiendas en la Comisión de Economía, Industria y Competitividad es la fase clave de la tramitación y todavía no ha sido ventilado; los grupos parlamentarios quieren incorporar importantes enmiendas al texto definitivo de la ley, por lo que el intercambio de cromos va a tener un peso fundamental. Al propio tiempo, han de transcurrir varios meses para que veamos la reforma de la ley publicada en el BOE.

Además, lo más complicado vendrá al día siguiente de la publicación de la reforma, puesto que solamente con sanciones no se conseguirá que los preceptos de la futura ley antimorosidad se implementen algún día en la realidad empresarial. Como recomienda la Comisión Europea, es necesario que los Estados implementen una nueva cultura empresarial que influya positivamente en las prácticas de pago de las empresas, ya que las mejoras en las condiciones de pago llegarán con la concienciación de las empresas.

CEO Brachfield Credit & Risk Consultants

## ¿Oportunidad para el arbitraje en el ámbito tributario?



Antonio Montero Domínguez

En el Diario Oficial de la Unión Europea del pasado 14 de Octubre de 2017, se publicó la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de Octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la UE.

La Directiva trae causa, según se manifiesta en sus considerandos introductorios, de las situaciones que se generan debido a la diferente interpretación o aplicación que los Estados miembros hacen de las disposiciones y los acuerdos y convenios fiscales bilaterales; o del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (el conocido como Convenio de Arbitraje de la Unión).

Dicho texto normativo afirma que esa divergencia puede crear graves obstáculos fiscales para las empresas que operan a escala transfronteriza, generando una carga fiscal excesiva y dando lugar a distorsiones e ineficiencias económicas, que inciden a su vez negativamente en las inversiones internacionales y el crecimiento.

Acreditada dicha realidad, aboga la Directiva por la creación de mecanismos de resolución de litigios integradores, eficaces y sostenibles, que reduzcan el riesgo de un aumento del número de conflictos por doble o múltiple imposición, habida cuenta de los controles regulares de las administraciones tributarias.

El texto alienta a los Estados miembros a la utilización de formas de resolución de litigios, como la mediación o la conciliación, encuadradas dentro de lo que hasta ahora ha sido el esquema de los procedimientos amistosos, afirmándose, en un claro intento de expandir la utilización de estas figuras, que las mismas no deberían ceñirse sólo al ámbito de los precios de transferencia y a la atribución de los beneficios a los establecimientos permanentes (terreno propio del Convenio de Arbitraje).

Por el contrario, también deberían extenderse a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre la renta y el patrimonio a los que se aplican los tratados fiscales bilaterales y el propio Convenio de Arbitraje. De forma que los individuos y las microempresas y pequeñas y medianas empresas tuvieran una menor carga administrativa cuando acceden al procedimiento de resolución de litigios.

La Unión Europea incorpora una visión amplia de los métodos de resolución de litigios, señalando, entre otros, la utilización de una comisión consultiva compuesta por representantes de las autoridades fiscales afectadas y de personalidades independientes, o bien, la creación de una comisión de resolución alternativa de litigios, debiendo las autoridades tributarias tomar una decisión vinculante con base en el dictamen de dichas comisiones.

El articulado de la Directiva aborda la resolución de litigios por parte de la comisión consultiva en aquellos supuestos en los que alguna de las autoridades competentes de los Estados miembros no acepta la reclamación presentada o cuando, ha-

biéndola aceptado todos los Estados concernidos, no se llega a un acuerdo sobre la forma de resolver la controversia.

Es importante el paso que da el Derecho de la Unión Europea al establecer la composición de dicha comisión consultiva, en la que además de un presidente y un representante de cada autoridad competente afectada, deberá integrarse una personalidad independiente designada por cada una de dichas autoridades (pudiendo llegar a ser dos por cada autoridad). A estos efectos, deberá formarse una lista conformada por los Estados miembros, que deberán designar al menos a tres personas competentes, independientes y capaces de actuar con imparcialidad e integridad (a tal efecto deberá informarse sobre sus antecedentes académicos y profesionales, competencias, conocimientos técnicos y conflictos de intereses).

En el caso de que la fórmula elegida para la resolución del conflicto sea la de la comisión de resolución alternativa de litigios, la Directiva no establece expresamente su composición. Si bien la misma preserva, expresamente, la independencia de sus miembros. El redactado que comentamos incorpora las normas de funcionamiento de las comisiones, además de la regulación de aspectos tales como el suministro de información, pruebas y documentos por parte de las autoridades competentes a aquellas.

Como colofón de este proceso de resolución a través de la mediación o conciliación, la Directiva aborda la regulación del dictamen de la comisión, con inclusión de plazos y sistema de mayorías aplicable para la adopción del acuerdo (con una suerte de voto de calidad del presidente de la comisión en caso de no alcanzarse la mayoría simple de los miembros de la comisión).

## Controversias transfronterizas

Pues bien, siendo el origen de la norma que comentamos las controversias transfronterizas, quizás constituya una oportunidad que no debiera desaprovecharse para explorar la posibilidad de importar mecanismos análogos para la resolución de conflictos en el ámbito estrictamente doméstico. Y ello dado que, como reconoce la propia Directiva, la interacción de los procedimientos amistosos (y dentro de los mismos de las fórmulas arbitrales) con la normativa doméstica de cada Estado miembro, hace necesarias diversas adaptaciones de ésta última.

En ese sentido, quizás fuese un momento óptimo para abordar, al socaire de la transposición de la Directiva objeto de estas líneas (que tiene como fecha límite la del 30 de junio de 2019), una evolución de la regulación de los procedimientos de revisión en materia tributaria, contenidos esencialmente en el Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para empezar a andar el camino en la utilización de mecanismos arbitrales para la resolución de conflictos, ahora entre las autoridades nacionales y los contribuyentes, siguiendo la estela que, para el ámbito de la eliminación de la doble y múltiple imposición, ha abierto la Unión Europea.

Consultor. CMS Albiñana & Suárez de Lezo