Your World First

CMS Law.Tax

Referencias Jurídicas

Julio 2017

Referencias Jurídicas

Julio 2017

Posts jurídicos

Corporate / M&A

El cese como administrador de derecho no inicia el plazo de prescripción de la acción social si se continúa como administrador de hecho 4
Carlos Peña y Sara Esclapés

Acción individual de responsabilidad de los administradores por el pago discriminatorio de acreedores 6
Celso Méndez

La necesidad de describir los bienes asignados a los socios cuando la cuota de liquidación se paga en especie 8
Ángel Ruiz

La reserva estatutaria no afecta a la retribución de los consejeros por las funciones ejecutivas 10
María Batalla

Bancario y Financiero

'Senior non preferred' y la consideración de los productos de deuda como complejos 12
Curra Munuera y Fernando Revuelta

El nuevo identificador de entidades jurídicas (LEI) 14
Curra Munuera

El nuevo Reglamento de Folletos 16
Curra Munuera y Rafael Mínguez

Público y Sectores Regulados

Confidencialidad vs. transparencia: el complicado punto medio en los accesos a expediente de contratación 18
Álvaro San Felipe

Procesal

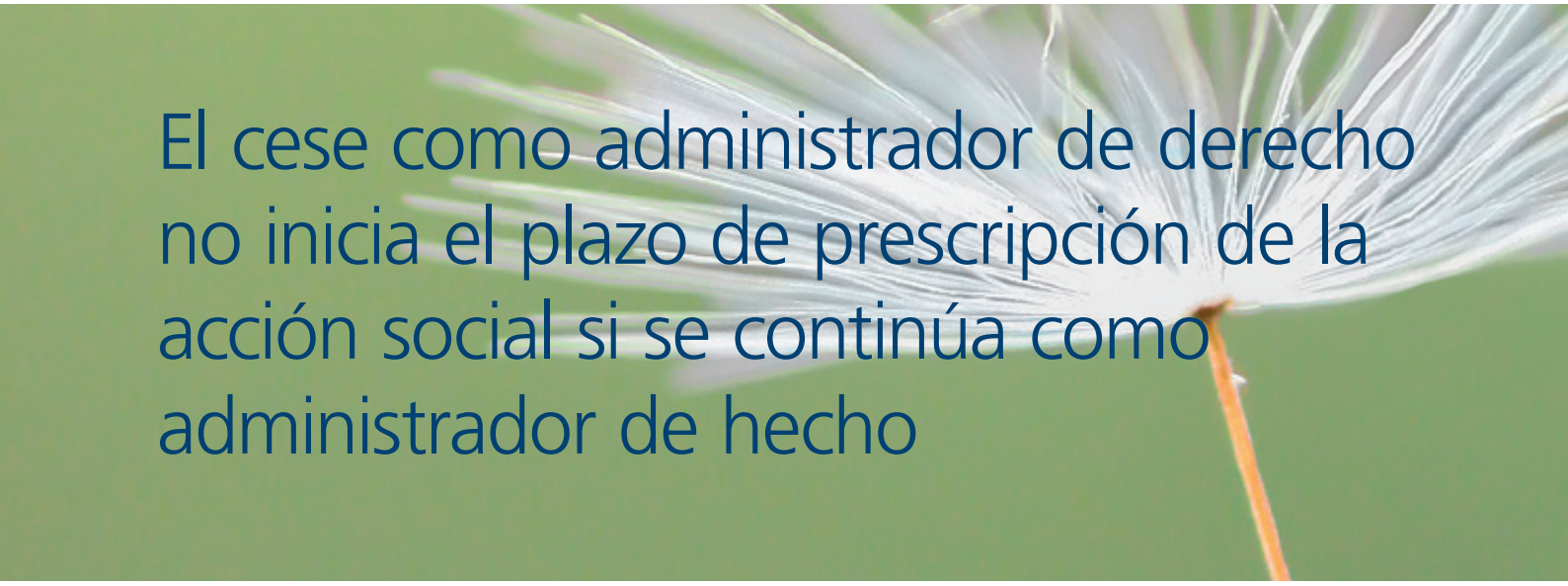
Interpretación restrictiva de la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales de un contrato marco de operaciones financieras 20
Javier Wesolowski

Tributario

Valor comprobado de los inmuebles por aplicación al valor catastral de un coeficiente multiplicador: ¿valor real? 22
Carlos Palma

Los futuros y necesarios desarrollos reglamentarios de la Ley General Tributaria 24
Antonio Montero

Implicaciones fiscales de la presentación extemporánea del Modelo 720 26
Cristina Heredero y Ricardo Héctor



El cese como administrador de derecho no inicia el plazo de prescripción de la acción social si se continúa como administrador de hecho

Carlos Peña y Sara Esclapés
Departamento de Corporate / M&A

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, en la cual se declaraba la responsabilidad de la administradora de una sociedad por los actos realizados tras su cese. La desestimación confirma el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a correr si el administrador mantiene el ejercicio de sus funciones como administrador de hecho. La actual Ley de Sociedades de Capital ha venido a resolver esta problemática cuestión, dado que el plazo de prescripción y el momento del cese quedan ahora desligados.

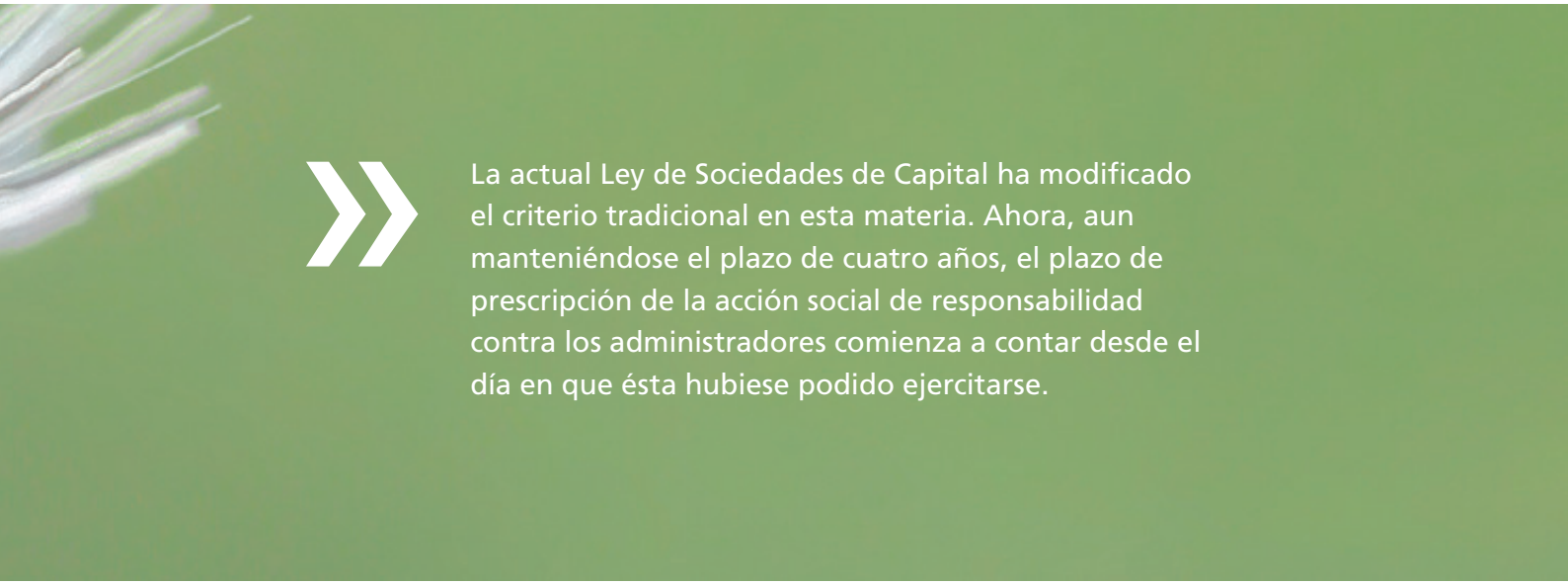
La citada sentencia analiza el supuesto de una sociedad formada por dos socios, casados entre sí, que a su vez eran administradores mancomunados de la sociedad. Tras su divorcio, la administradora continuó en sus funciones hasta que fue cesada el día 18 de marzo de 2006. Durante el ejercicio de su cargo, la administradora en su condición de tal, pidió un préstamo a un banco por valor de 50.000 euros, aplicando un tercio al circulante de la sociedad y permaneciendo la suma restante en paradero desconocido. Asimismo, tras su cese, la esposa continuó actuando como administradora de hecho, y simuló, en connivencia con un tercero, un contrato de alquiler del local del que disponía la sociedad, de forma que mantuvo a ésta privada de su propiedad durante un periodo de 71 meses. Durante este plazo, la sociedad continuó pagando los gastos derivados del local.

A causa de tales comportamientos, la sociedad presentó una demanda contra la que fue administradora con fecha 19 de marzo de 2010, acumulando una acción social de responsabilidad y otra acción de reclamación de cantidad. De ellas, el juzgado de lo mercantil únicamente estimó la acción social de responsabilidad respecto de la parte del préstamo que la esposa pidió cuando todavía era administradora mancomunada y cuyo destino se desconoce.

Tras el correspondiente recurso, la Audiencia Provincial también condenó a la esposa por el perjuicio causado por impedir el uso del local a la sociedad mediante la simulación de un contrato de arrendamiento, durante el plazo en el que, a pesar de haber sido cesada, continuaba actuando como administradora de hecho, así como de los gastos que la sociedad continuó pagando en relación a dicho local.

Contra esta sentencia la que fue administradora interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la prescripción de la acción de responsabilidad.

Por razón del momento en que tuvieron lugar los hechos, la Ley aplicable al caso presentado es la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En su virtud, la acción contra los administradores de las sociedades prescribía a los cuatro años a contar desde que, por cualquier motivo, éstos cesasen en el ejercicio de la administración. Sin embargo, al mantener la administradora el ejercicio de sus funciones, como administradora de hecho, en meses sucesivos,



> La actual Ley de Sociedades de Capital ha modificado el criterio tradicional en esta materia. Ahora, aun manteniéndose el plazo de cuatro años, el plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad contra los administradores comienza a contar desde el día en que ésta hubiese podido ejercitarse.

el cálculo del plazo no debería tomar como referencia el cese formal. Así, el Tribunal Supremo confirma el planteamiento de la Audiencia: el comienzo del cómputo del plazo para ejercitar la acción social comenzaría en el momento en el que la administradora cesó como administradora de hecho, es decir, en junio de 2006, pues en ese momento actuó como tal al concertar la relación arrendaticia que privó a la sociedad del uso del local.

Como es sabido, la actual Ley de Sociedades de Capital ha modificado el criterio tradicional en esta materia. Ahora, aun manteniéndose el plazo de cuatro años, el plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad contra los administradores comienza a contar desde el día en que ésta hubiese podido ejercitarse. Como puede observarse, el mantenimiento o el cese en el cargo dejan de ser determinantes para la prescripción de la acción. Aunque el cómputo del plazo mantiene relevantes incertidumbres, lo cierto es que el cese del administrador ya no es el momento decisivo para ello y, por tanto, la cuestión resuelta por el TS no podrá plantearse en estos términos.

Por último, la sentencia también recuerda los requisitos previstos en la norma para apreciar responsabilidad por parte del administrador, a saber: (i) comportamiento imputable al órgano de administración; (ii) comportamiento que merezca la calificación de antijurídico; (iii) existencia de un daño sufrido por la sociedad; y (iv) relación de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño sufrido por la sociedad. Se trata, en todo caso, de un contenido de interés indiscutiblemente menor que el relativo al plazo de prescripción.

Acción individual de responsabilidad de los administradores por el pago discriminatorio de acreedores

Celso Méndez
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo reitera, en su sentencia de 5 de mayo de 2017, su doctrina relativa a la acción individual de responsabilidad de los administradores y la necesidad de que además de probarse el daño se demuestre la existencia de una conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenador empresario, así como la existencia del nexo causal entre la conducta y el daño.

El 5 de mayo de 2017 el Tribunal Supremo resolvía el conflicto entre una socia y la administradora única de una sociedad de responsabilidad limitada al no haberse satisfecho a la socia el crédito que tenía frente a la sociedad con anterioridad a su disolución.

Según consta en los antecedentes de hecho de la citada sentencia de casación, la sociedad en febrero de 2005 suscribió, con una caja de ahorros, una póliza de crédito con un límite de 75.000€, límite que posteriormente fue ampliado hasta 100.000€, interviniendo la socia como fiadora solidaria.

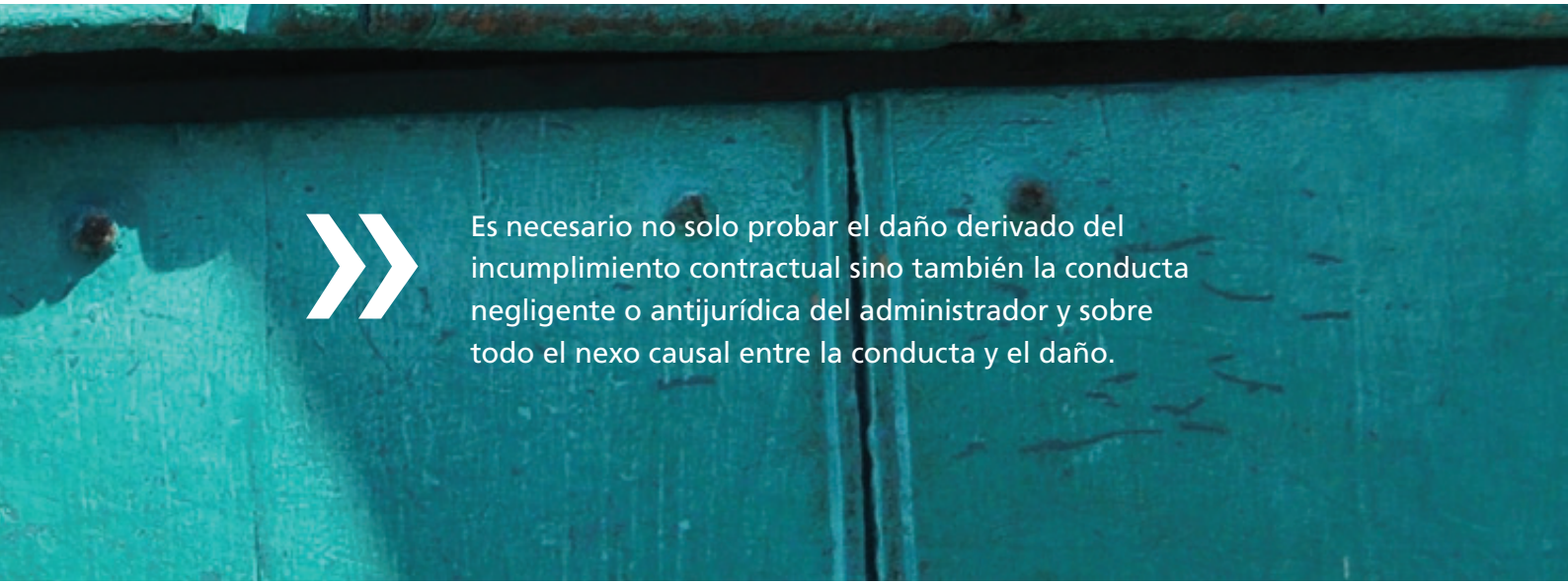
La citada póliza de crédito devino impagada y tras el respectivo procedimiento judicial la sociedad y los fiadores resultaron condenados por un importe de 102.742,33€ de principal, lo que produjo que el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Zaragoza despachase ejecución y se embargasen ciertos bienes para el pago de la deuda.

Con posterioridad al despacho de ejecución, la socia que, como fiadora de la sociedad, había tenido que hacer frente al pago de la póliza, decidió interponer demanda frente a la sociedad y la administradora única ejercitando tanto la acción de rembolso del fiador, del artículo 1838 CC, como la acción individual de responsabilidad, del artículo 241 de la LSC.

En dicha demanda, la socia argumentó que la administradora única había ordenado el pago en metálico por la sociedad a un cliente por una cantidad que ascendía a 83.000€ sin justificación, ni explicación alguna, pago que supuso que la sociedad deviniese incapaz de satisfacer el reembolso del crédito, lo que le produjo un daño directo a la socia en el que se fundaba la acción individual de responsabilidad contra la administradora.

La demanda fue estimada tanto en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Zaragoza como posteriormente en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial Zaragoza, exponiéndose en ambas sentencias que el pago en metálico al cliente sin justificación ni explicación razonable suponía una actuación negligente de la administradora única que causó un daño a la socia, lo que justificaba la responsabilidad individual de la administrador única.

La administradora única recurrió la decisión en casación ante el Tribunal Supremo que desestimó el recurso fallando a favor de la socia, aprovechando la oportunidad para declarar una vez más su reiterada doctrina de que "*la acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario que cuenta con una regulación propia, que la especializa res-*



» Es necesario no solo probar el daño derivado del incumplimiento contractual sino también la conducta negligente o antijurídica del administrador y sobre todo el nexo causal entre la conducta y el daño.

pecto de la genérica prevista en el artículo 1902 CC". Para su apreciación es necesario que haya un comportamiento activo o pasivo de los administradores e imputable a los mismos, que sea antijurídico por incumplir la ley, los estatutos o no ajustarse al patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario, que sea culposo o negligente y suponga un daño directo a un tercero, existiendo, por tanto, una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado.

Asimismo, el Tribunal Supremo en los fundamentos de derecho de su sentencia huye de la objetivación de la responsabilidad e indica que la equiparación del incumplimiento contractual de la sociedad con la actuación negligente de su administrador no es correcta. Es necesario no solo probar el daño derivado del incumplimiento contractual sino también la conducta negligente o antijurídica del administrador y sobre todo el nexo causal entre la conducta y el daño.

El Tribunal Supremo concluye argumentando que entiende que en el caso a tratar se cumplían todos los requisitos requeridos para el ejercicio de la acción de responsabilidad individual de los administradores, puesto que la conducta negligente de la administradora única de autorizar el pago injustificado e inexplicado de 83.000 € a un cliente supuso un perjuicio para los acreedores sociales, entre los que se encontraba la socia, ya que privó a la sociedad de un activo que podría haberse empleado para satisfacer el crédito a la socia y que al haber salido indebidamente impidió dicho abono.

Por último, cabe destacar que lo habitual es que la acción individual de responsabilidad se ejercite por acreedores y terceros, por lo que resulta peculiar que, en este caso, haya sido ejercitada por una socia que en un caso de vaciamiento patrimonial injustificado de la sociedad ha sufrido un daño. No obstante, es preciso puntualizar que en realidad dicha acción no ha sido ejercitada en su calidad de socia sino, precisamente, en su calidad de tercera acreedora.

La necesidad de describir los bienes asignados a los socios cuando la cuota de liquidación se paga en especie

Ángel Ruiz
Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma la obligatoriedad de describir los bienes que se adjudican los socios de una sociedad de responsabilidad limitada disuelta, justificándolo por su utilidad para delimitar la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de mayo de 2017 (BOE de 22 de mayo de 2017) trata sobre un supuesto de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que sus dos únicos socios se adjudican por partes iguales, en pago de su cuota de liquidación, los dos únicos bienes que existían en el haber social.

Hay que recordar que, con carácter general, en un proceso de liquidación, entre otras cosas, hay que vender los activos, pagar a los acreedores sociales y finalmente pagar a los socios su cuota de liquidación con el efectivo sobrante, salvo que estos unánimemente consientan cobrar su cuota de liquidación en especie (art. 393.1).

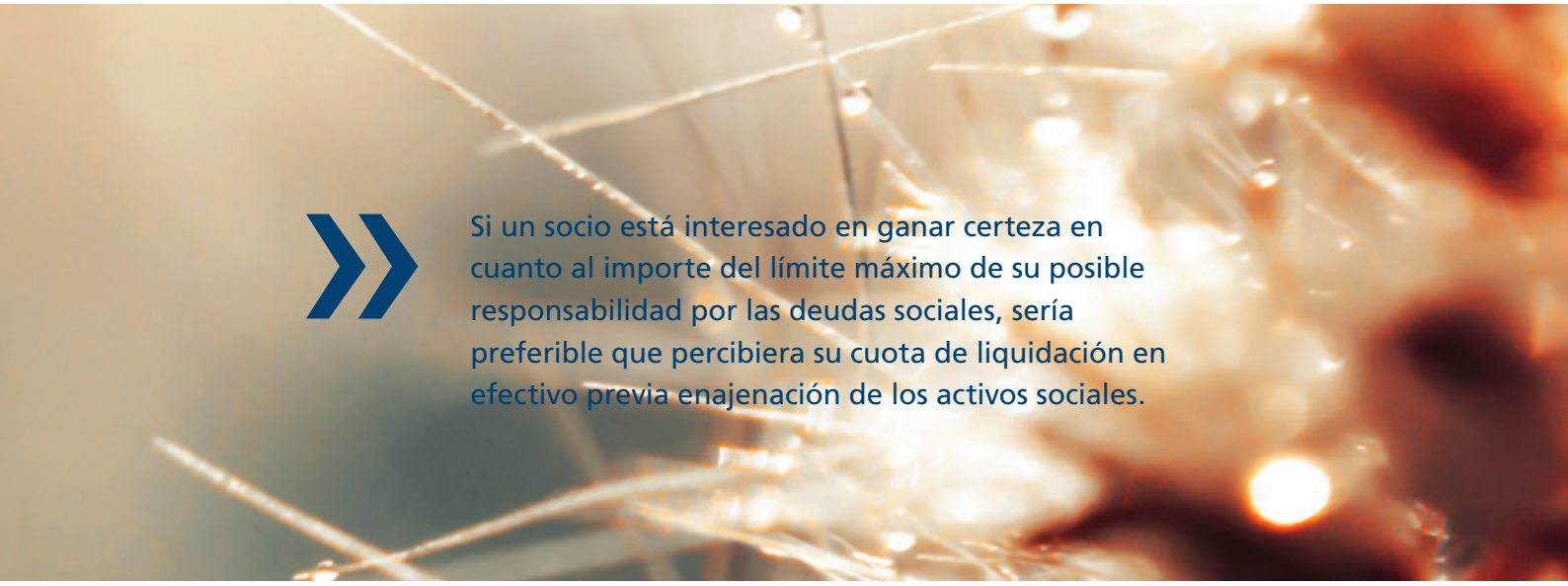
En la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales no se describieron con exactitud los bienes objeto de entrega. Su identificación se realizó con los mismos términos utilizados en el balance de liquidación: inmovilizado material e inversiones financieras a corto plazo.

El Registro Mercantil denegó la inscripción aplicando un precepto reglamentario (artículo 247.3 RRM) que impone la obligación de describir en la escritura los bienes sociales (distintos de dinero) que se entreguen a los socios en pago de su cuota de liquidación.

El Notario recurrió la decisión del Registrador alegando básicamente que el mencionado artículo 247.3 RRM debía entenderse tácitamente derogado por la posterior LSC, ya que conforme al contenido de esta última ni en la escritura (art. 395.2 LSC) ni en la hoja registral de la sociedad disuelta (art. 396.2 LSC) hay que describir los bienes adjudicados a los socios, sino que simplemente hay que indicar el "*valor*" de la cuota de liquidación recibida, siendo este importe, en opinión del Notario, el límite de la responsabilidad imputable a los socios (art. 399 LSC), en el supuesto de que aparecieran pasivos sobrevenidos después de la extinción de la compañía.

La DGRN confirma la decisión del Registrador, porque el verdadero límite de la responsabilidad de los socios por los posibles pasivos sobrevenidos es "*lo que hubieran recibido como cuota de liquidación*" (art. 399 LSC), es decir, el valor real de lo recibido y no el valor atribuido por los socios a esos bienes.

También afirma que es indiferente que los socios transmitan con posterioridad a terceros los bienes que hayan recibido en pago de su cuota de liquidación. Lo importante a los efectos de delimitar la responsabilidad de los socios es el valor que tuvieran esos bienes en el momento de acordarse la disolución, es decir, el valor real o razonable que tuvieran en ese instante, valor que no necesariamente tiene que coincidir con el reflejado en la escritura. De esta forma, si los socios hubieran asignado a los bienes objeto de entrega un valor inferior a su valor real, esto no perjudicaría a los acreedores ni rebajaría el límite de la responsa-



> Si un socio está interesado en ganar certeza en cuanto al importe del límite máximo de su posible responsabilidad por las deudas sociales, sería preferible que percibiera su cuota de liquidación en efectivo previa enajenación de los activos sociales.

bilidad de los socios cuyo importe, en cualquier caso, coincidiría con el valor real de los bienes entregados.

Dada la importancia que representa para los acreedores conocer con exactitud cuáles son los concretos bienes recibidos por los socios, la DGRN confirma la obligatoriedad de describir en la escritura los bienes restituidos como cuota de liquidación.

Del contenido de esta Resolución se podría deducir que, si un socio está interesado en ganar certeza en cuanto al importe del límite máximo de su posible responsabilidad por las deudas sociales, sería preferible que percibiera su cuota de liquidación en efectivo previa enajenación de los activos sociales. Aunque, si para ello se malvendieran los bienes sociales (con el propósito de reducir la cuantía del haber social, de la cuota de liquidación y, en último término, reducir el límite de la futura responsabilidad), siempre se correría el riesgo de que los acreedores intentaran dejar sin efecto las operaciones liquidatorias, que les hubieran perjudicado (por ejemplo, aplicando el art. 1.111 del Código Civil o ejerciendo las acciones de reintegración en el supuesto de que la sociedad llegara incluso a ser declarada en concurso de acreedores por razón de los pasivos sobrevenidos).

La reserva estatutaria no afecta a la retribución de los consejeros por las funciones ejecutivas

María Batalla
Departamento de Corporate / M&A

La sentencia 295/2017 de 30 de junio de la Audiencia Provincial de Barcelona advierte de la división de criterios existente con respecto a la extensión de la reserva estatutaria del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital y aclara que no es propio que conste en estatutos la retribución de los consejeros por las funciones ejecutivas.

Un reciente pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona (la sentencia 295/2017 de 30 de junio) ha aclarado que la reserva estatutaria que se fija en el artículo 217 LSC no afecta a la retribución de los consejeros por las funciones ejecutivas. Como es sabido, se trata de una cuestión problemática, a raíz de las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014.

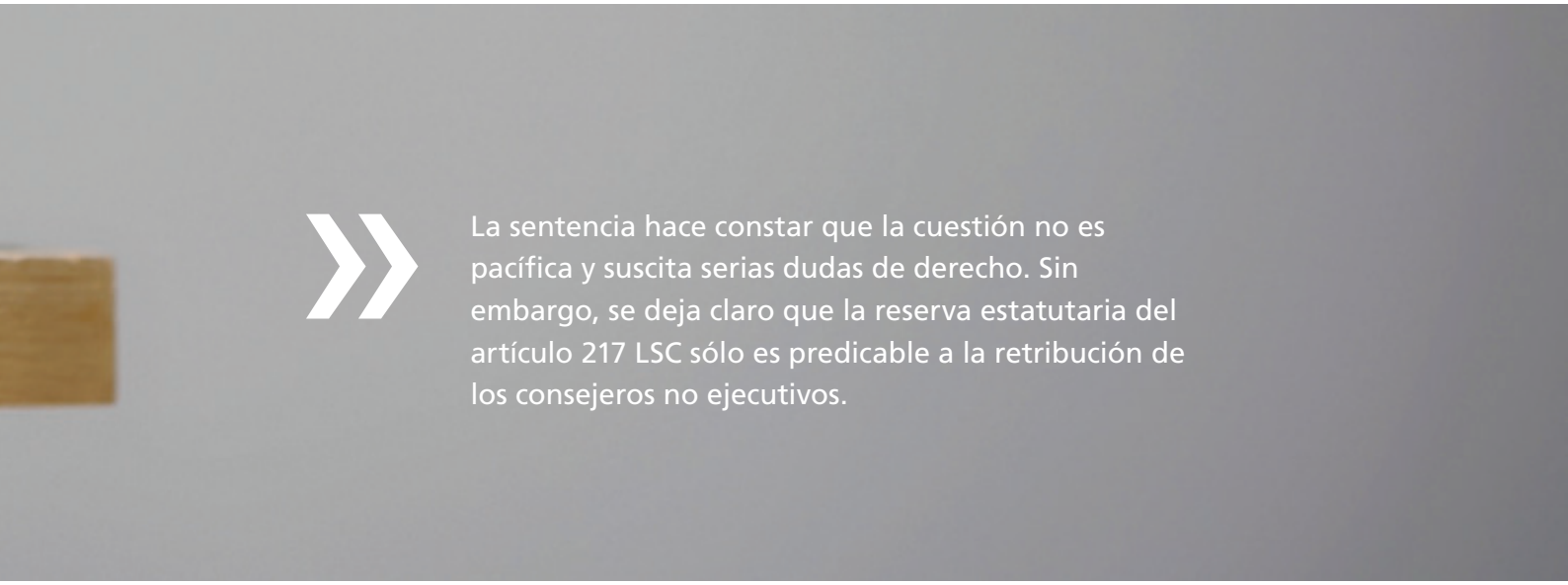
La sentencia, que revoca la calificación negativa del registrador, entiende que deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador, que debe constar siempre en los estatutos, y el de retribución de funciones ejecutivas, que no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir la sociedad con el consejero.

El asunto tiene su origen en la negativa a inscribir una cláusula estatutaria del siguiente tenor : "*El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital*".

La calificación negativa del registrador se apoyaba en el principio de reserva estatutaria de la retribución. Para él, tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, ya sea en la constitución de la sociedad o en las ulteriores modificaciones de los mismos, cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración. La demandante entendía, en cambio, que dicho parecer no tenía en cuenta las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, infringiendo los artículos 217 y 249 de la citada Ley.

La sentencia advierte de la división de criterios existente con respecto a la extensión de la reserva estatutaria del artículo 217 LSC.

Por un lado, para un sector de la doctrina y para la DGRN, la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general. En esta línea interpretativa, la reforma habría consagrado dos regímenes retributivos distintos: uno para los administradores en su condición de tales (sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta regulado en el artículo 217.2º LSC), y otro para los consejeros ejecutivos (al margen del



La sentencia hace constar que la cuestión no es pacífica y suscita serias dudas de derecho. Sin embargo, se deja claro que la reserva estatutaria del artículo 217 LSC sólo es predicable a la retribución de los consejeros no ejecutivos.

sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3º LSC).

Por otro lado, para otro sector, todos los conceptos retributivos del contrato que la sociedad suscriba con el consejero ejecutivo, con arreglo al artículo 249 LSC, también deberían tener amparo estatutario y acuerdo de la junta. Este sector entiende que la reserva estatutaria se mantiene para toda retribución y sea cual sea la forma en que se organice el órgano de administración. De este modo, no existen dos regímenes diferenciados: los consejeros ejecutivos también son administradores y no son distintos del resto de administradores.

La sentencia hace constar que la cuestión no es pacífica y suscita serias dudas de derecho. Sin embargo, se deja claro que la reserva estatutaria del artículo 217 LSC sólo es predicable a la retribución de los consejeros no ejecutivos. Su doctrina, por tanto, sigue la línea de entender que el régimen retributivo está desdoblado entre el propio de los administradores en su condición de tales y el de los consejeros ejecutivos. Sólo respecto de los consejeros no ejecutivos los estatutos han de establecer si el cargo es remunerado y determinar, en su caso, el sistema de remuneración. Y a la junta general le corresponde fijar el importe máximo de la remuneración del conjunto de los administradores.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Barcelona argumenta en su sentencia que el empleo de la locución "en su condición de tales" que se añade al término "administradores", tanto en el apartado primero como en el apartado tercero del artículo 217 LSC, sólo se explica si se establece una distinción entre quienes ejercen funciones ejecutivas y los que son simples administradores. En consecuencia, entiende que esta expresión se introduce en la Ley con el propósito de delimitar y restringir la reserva estatutaria en el sistema de remuneración de los administradores.

'Senior non preferred' y la consideración de los productos de deuda como complejos

Curra Munuera y Fernando Revuelta
Departamento de Bancario y Financiero

El 24 de junio de 2017 se publicó BOE el Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia financiera, que recoge varias medidas de interés: (i) la modificación del régimen jurídico de las cooperativas de crédito, (ii) la constitución de los denominados Mecanismos Institucionales de Protección (MIP), (iii) una nueva categoría de pasivos llamado crédito ordinario no preferente o deuda senior non-preferred, y (iv) la modificación de la LMV en relación con la consideración de productos complejos. Nos centraremos en estas dos últimas novedades.

La creación de una nueva categoría de pasivos y la modificación de la LMV en relación con los productos complejos están relacionadas con el régimen de resolución de entidades bancarias o empresas de servicio de inversión, que busca la recapitalización interna (*bail-in*), en contraposición con el rescate (*bail-out*), y con el nuevo requerimiento de MREL (*Minimum Requirement For Own Funds and Eligible Liabilities*), exigido a las entidades financieras de la Unión Europea en la Directiva 2014/59/UE, que establece el marco para la restructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

El requisito de MREL, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, obliga a contar con instrumentos capaces de absorber las pérdidas y, en su caso, permitir la recapitalización de una entidad.

No obstante, EBA (E*uropean Banking Authority*) ha tenido en cuenta el impacto que este requerimiento puede tener sobre los costes y estructuras de financiación. Así, el Reglamento delegado UE 2016/1450 de la Comisión de 23 de mayo de 2016 ha previsto que las autoridades de resolución puedan fijar un período transitorio apropiado para alcanzar el MREL definitivo.

Asimismo, las autoridades de resolución comunicarán a la entidad un MREL para cada período de doce meses durante el período transitorio. Al final del período transitorio, el MREL definitivo deberá ser igual al importe determinado con arreglo al artículo 7 de dicho Reglamento Delegado.

En paralelo, la Comisión Europea aprobó el 23 de noviembre de 2016 una propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo para modificar la Directiva de Resolución ("Propuesta de Directiva") en lo que respecta al orden de prelación de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia.

La Propuesta de Directiva propone la creación de una nueva clase de pasivo de deuda senior no preferente ("*non-preferred senior debt*"), que únicamente debería ser objeto de recapitalización interna después de otros instrumentos de capital, pero antes de otros pasivos senior.

La Propuesta de Directiva establece que la regulación estos nuevos valores senior non preferred, puedan incorpo-

Alguna entidad financiera española ha emitido ya este tipo de deuda (senior no preferente) en el primer trimestre del presente año, en lo que la prensa ha calificado como la creación de “deuda anticrisis”.

rarse a la normativa interna de cada Estado Miembro, con efectos retroactivos, aunque no se haya aprobado ni tramitado siquiera la Propuesta de Directiva.

Alguna entidad financiera española ha emitido ya este tipo de deuda (senior no preferente) en el primer trimestre del presente año, en lo que la prensa ha calificado como la creación de “deuda anticrisis”.

Haciéndose eco de dicha situación, el Real Decreto-ley 11/2017 se adelanta a la aprobación de la Propuesta de Directiva modificando la disposición adicional decimocuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Concretamente incluye en el apartado 2 del artículo 89.3 la indicación de ciertos créditos ordinarios no preferentes que se postergaran en el orden de prelación respecto del resto de créditos ordinarios, pero ocuparán un rango preferente respecto de los créditos subordinados del artículo 92. En concreto, la calificación corresponde a las obligaciones emitidas o creadas con plazo de vencimiento efectivo igual o superior a un año; que no sean derivados ni contengan derivados implícitos; y que los términos y condiciones incluidas en el folleto de emisión mencione, en su caso, una prelación concursal posterior al resto de créditos ordinarios. En tal caso los créditos derivados de estos instrumentos de deuda se deberán satisfacer una vez satisfechos los restantes créditos ordinarios.

También se modifica el apartado 3 del artículo 217 LMV calificando como instrumentos financieros no complejos a los instrumentos financieros que creen deuda que, a su vez, sean pasivos admisibles para la recapitalización interna conforme a lo establecido en la sección 4ª del capítulo VI de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. La citada Sección se refiere a los MREL (artículo 44), las facultades de la autoridad para la eliminación de obstáculos para la *resolubilidad* (artículo 45) y al reconocimiento de la recapitalización interna por ley extranjera en caso de pasivos sometidos a ley no europea (en concreto para los casos de EEUU y Canadá, ex artículo 46).

Por lo tanto, la mera probabilidad de *bail in* no hace que el instrumento sea complejo. Sólo deberían considerarse sujetos al artículo 217.3.c LMV los instrumentos de deuda senior que, en las condiciones, términos y condiciones finales (nota de valores, folleto, documento de incorporación) se califiquen como senior no preferente. Esto ha de establecerse expresamente para que cuente como requisito mínimo a los efectos de la exigencia que en concreto se imponga a la entidad.

El nuevo identificador de entidades jurídicas (LEI)

Curra Munuera
Departamento de Bancario y Financiero

El Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*, FSB), en su análisis de las causas de la crisis de 2008, detectó que una de las principales deficiencias de los mercados había sido la falta de homogeneidad en la identificación de las partes en una transacción financiera. Ello dificultaba la supervisión de las transacciones entre participantes de distintas jurisdicciones. A tal efecto se creó el código LEI, un código alfanumérico de 20 caracteres (estándar ISO 17442) que identifica unívocamente a las entidades legales a nivel mundial.

El LEI es único, permanente, consistente y portable para cada entidad. Su objetivo es identificar a las personas jurídicas que participan en los mercados financieros mediante operaciones de repos, derivados o valores en cumplimiento del mandato recibido por el G20 en el contexto anterior. En Europa la creación y uso del código LEI se enmarca en un amplio elenco normativo. A modo de ejemplo, se pueden significar el Reglamento EMIR sobre derivados OTC, el Reglamento MAR, sobre abuso de mercado; el Reglamento MIFIR, relativo a los mercados de instrumentos financieros, que también exige el uso del código para identificar a emisores de valores y entidades que ejecuten operaciones en los mercados financieros y sus clientes, respectivamente; la normativa de transparencia que también incluye previsiones respecto a la identificación de los emisores.

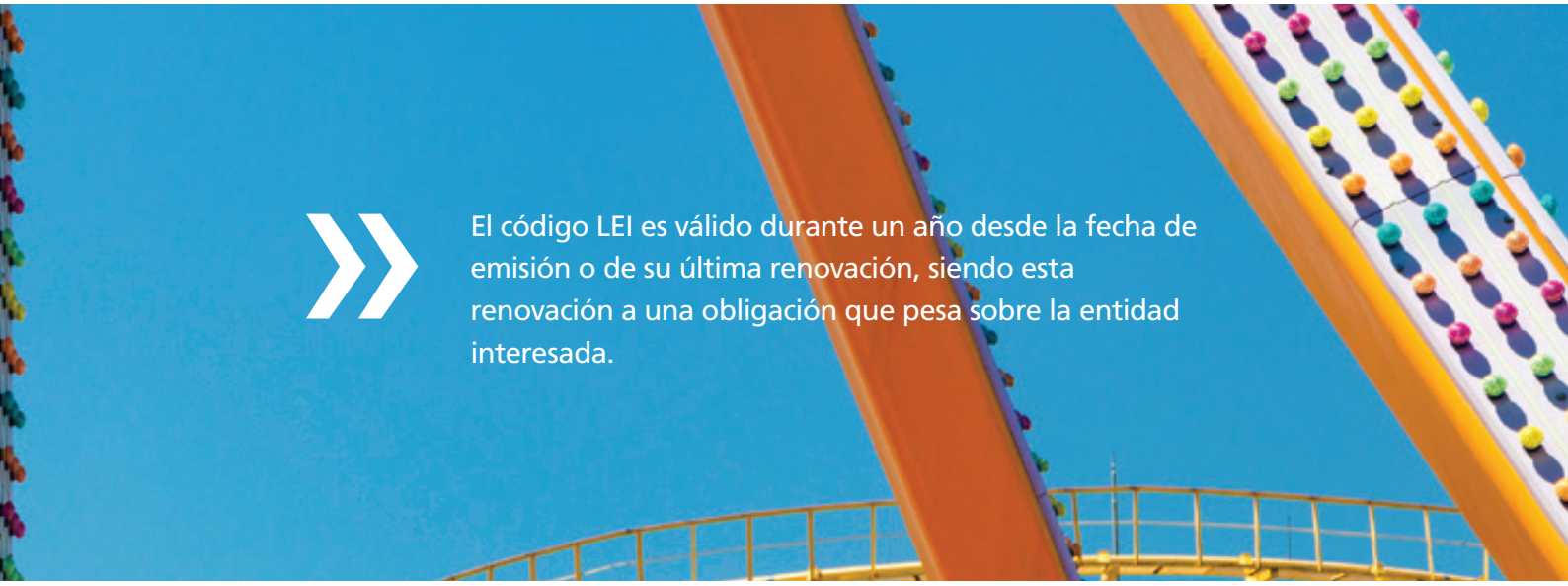
Aunque la entrada en vigor de la normativa EMIR en esta materia tuvo lugar el pasado 3 de enero de 2017 y las normas de desarrollo de la MAR referentes a las obligaciones de información de los mercados sobre los instrumentos que negocian vienen aplicándose desde el 1 de enero de 2016, es necesario recordar que MiFID II y MIFIR serán aplicables a partir del 3 de enero de 2018. Por ello resulta relevante llamar la atención sobre el código LEI.

Por un lado, las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que ejecuten transacciones sobre instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado por cuenta de clientes que sean personas jurídicas deben obtener de dichos clientes el LEI que los identifique antes de ejecutar las operaciones (artículo 26 MiFIR).

Si el cliente no proporciona su LEI al intermediario financiero, éste no podrá ejecutar las operaciones instruidas por aquellos clientes (artículo 13.2 del Reglamento Delegado de la Comisión 590/2017).

La otra consecuencia importante del incumplimiento de la obligación de disponer del código y de a la empresa de servicios de inversión o a la entidad de crédito a través de la cual se actúa, consistirá en la posibilidad de un rechazo a la misma e, incluso, la prohibición de operar en el mercado.

Lo anterior será también de aplicación a los emisores que no informen de su código LEI a los mercados en los que tengan sus valores admitidos a negociación.



El código LEI es válido durante un año desde la fecha de emisión o de su última renovación, siendo esta renovación a una obligación que pesa sobre la entidad interesada.

En España, la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de supervisión de la solvencia de entidades financieras, atribuye la emisión y gestión del LEU al Registro Mercantil del domicilio social.

LA RDGRN de 16 de julio de 2015 (BOE de 24-9) explica el concepto de código LEI y el papel del registrador Mercantil en su asignación y renovación: "*la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo*"… "*la competencia de generar el código de identificación debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio*". No obstante, la DGRN advierte que, tratándose de entidades extranjeras inscritas en otros Registros, la emisión de código LEI presenta mayores exigencias que no pueden ser cubiertas por la mera declaración del solicitante. Por ello y a la espera de que las previsiones de la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, permita una operativa semejante a la existente en materia de sociedades españolas, la exigencia de acreditar la existencia de la entidad jurídica extranjera está plenamente justificada, así como la de la representación de la persona que actúe en su nombre.

Por ultimo cabe destacar que el código LEI es válido durante un año desde la fecha de emisión o de su última renovación, siendo esta renovación a una obligación que pesa sobre la entidad interesada.

El nuevo Reglamento de Folletos

Curra Munuera y Rafael Mínguez
Departamento de Bancario y Financiero

El pasado 20 de julio ha entrado en vigor el esperado nuevo Reglamento de Folletos. Su relevancia es notoria dentro de la Unión Europea, ya que supone un paso realmente importante en la construcción de la Unión de Mercados de Capitales. El objetivo es claro: actualizar y mejorar los puntos que generaban más dudas en la Directiva previa. Esto conlleva una mejora de la eficacia del marco jurídico del mercado de capitales y una mayor armonización de la estructura de la Unión que ayuda a las empresas a acceder a una mayor diversidad de fuentes de capital y otorga una mayor protección a los inversores.

El nuevo Reglamento de Folletos (Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017) introduce una serie de novedades respecto a la Directiva 2003/71/CE que deroga. La finalidad perseguida es facilitar el acceso a financiación alternativa, eliminando obstáculos, disminuyendo los costes económicos, administrativos y limitando el tiempo de salida al mercado, sin disminuir la transparencia.

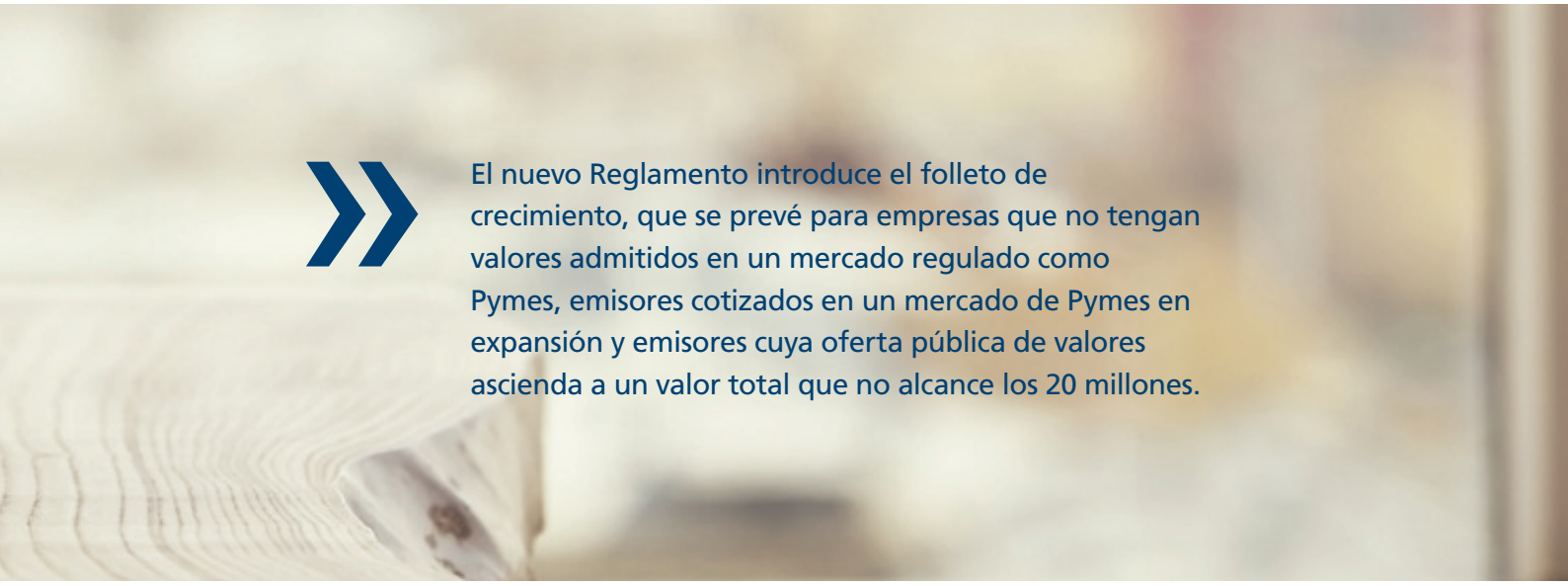
Un primer y relevante abanico de novedades es el relativo a las exenciones a la obligación de publicar folleto informativo.

En primer lugar, se rebaja hasta el millón de euros (desde los 5 millones de la Directiva) la cuantía por debajo de la que se establece la exoneración de la obligación de elaborar y publicar el folleto. A partir de este importe, en todo caso, en función del tamaño de los mercados financieros de cada Estado miembro, se puede eximir de la publicación del folleto dentro de un umbral que no supere los 8 millones.

Un segundo supuesto de exención es el de las ofertas de acciones que resulten de la conversión o canje de otros valores o del ejercicio de los derechos conferidos por otros valores, siempre que sean de la misma clase que las acciones ya admitidas a cotización en el mismo mercado regulado y que las nuevas acciones no representen más de un 20% del volumen de acciones de la misma clase ya admitidas en el mismo mercado regulado (previamente no había ningún límite). Este requisito no se aplica en algunos casos determinados.

También están exentas del folleto las solicitudes de admisión a cotización de valores fungibles con valores ya admitidos a cotización en el mismo mercado regulado cuando los nuevos valores representen menos del 20% del volumen de los valores fungibles con los nuevos y ya admitidos en dicho mercado. Respecto de la Directiva podemos apreciar que el límite de la excepción se incrementa en un 10%.

Se exime de publicación de folleto la emisión de instrumentos que constituyan fondos propios o pasivos admisibles que resulten de la conversión o canje de otros valores por parte de una autoridad de resolución en el ejercicio de sus competencias.



El nuevo Reglamento introduce el folleto de crecimiento, que se prevé para empresas que no tengan valores admitidos en un mercado regulado como Pymes, emisores cotizados en un mercado de Pymes en expansión y emisores cuya oferta pública de valores ascienda a un valor total que no alcance los 20 millones.

Por último, se eximen los valores no participativos con importe inferior a 75 millones de euros, siempre que no sean subordinados canjeables o convertibles y no den derecho a suscribir o adquirir otros tipos de valores ni estar ligados a un instrumento derivado.

Otra novedad destacable del nuevo Reglamento es el régimen aplicable al folleto voluntario. Ahora se permite a los emisores, oferentes o quien solicite la admisión a cotización en un mercado regulado elaborar el folleto a pesar de las exenciones expuestas con anterioridad. En ese caso, dicho folleto será "*pasaportable*" aunque no fuese obligatorio.

También se introducen cambios en la llamada "nota de síntesis", dado que la praxis había terminado convirtiéndola en un "mini-folleto" más que en un resumen. Así, el Reglamento recuerda que ésta tiene por finalidad "*reducir cargas administrativas y aumentar la legibilidad de los inversores*". Para garantizar su utilidad para esos fines, se fijan una serie de límites que se debe cumplir en cuanto a forma y contenido y extensión (aunque también existía antes).

Otra novedad se encuentra en los factores de riesgo, que se deben destacar en el folleto. El nuevo Reglamento expone los riesgos que tienen mayor relevancia, en los que se evalúa su importancia atendiendo a la probabilidad de que ocurran y la magnitud de su impacto. El objetivo del régimen es evitar que la sección de riesgos se convierta en un elenco de exenciones de responsabilidad.

Un papel fundamental dentro del Reglamento tiene el denominado documento de registro universal (DRU), que sirve como fuente de referencia sobre el emisor, proporcionando información sobre la actividad de la empresa, la situación financiera, el gobierno corporativo, los beneficios y perspectiva así de estos, como la estructura del accionariado. Su aprobación durante dos años consecutivos por la autoridad competente permite que las eventuales modificaciones o los documentos de registro universal sucesivos se tramiten sin aprobación previa.

Por último, el nuevo Reglamento introduce el folleto de crecimiento, que se prevé para empresas que no tengan valores admitidos en un mercado regulado como Pymes, emisores cotizados en un mercado de Pymes en expansión y emisores cuya oferta pública de valores ascienda a un valor total que no alcance los 20 millones.

Confidencialidad vs. transparencia: el complicado punto medio en los accesos a expediente de contratación

Álvaro San Felipe
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público dicta en fechas recientes una resolución que aporta interesantes aclaraciones relativas al trámite de acceso al expediente de contratación tanto desde un punto de vista formal como sustantivo.

La Resolución número 67/2017, de fecha 12 de abril de 2017, estima el recurso promovido por una UTE de autobuses contra la adjudicación de un contrato para la prestación del servicio de transporte escolar a centros de la comarca del Maresme.

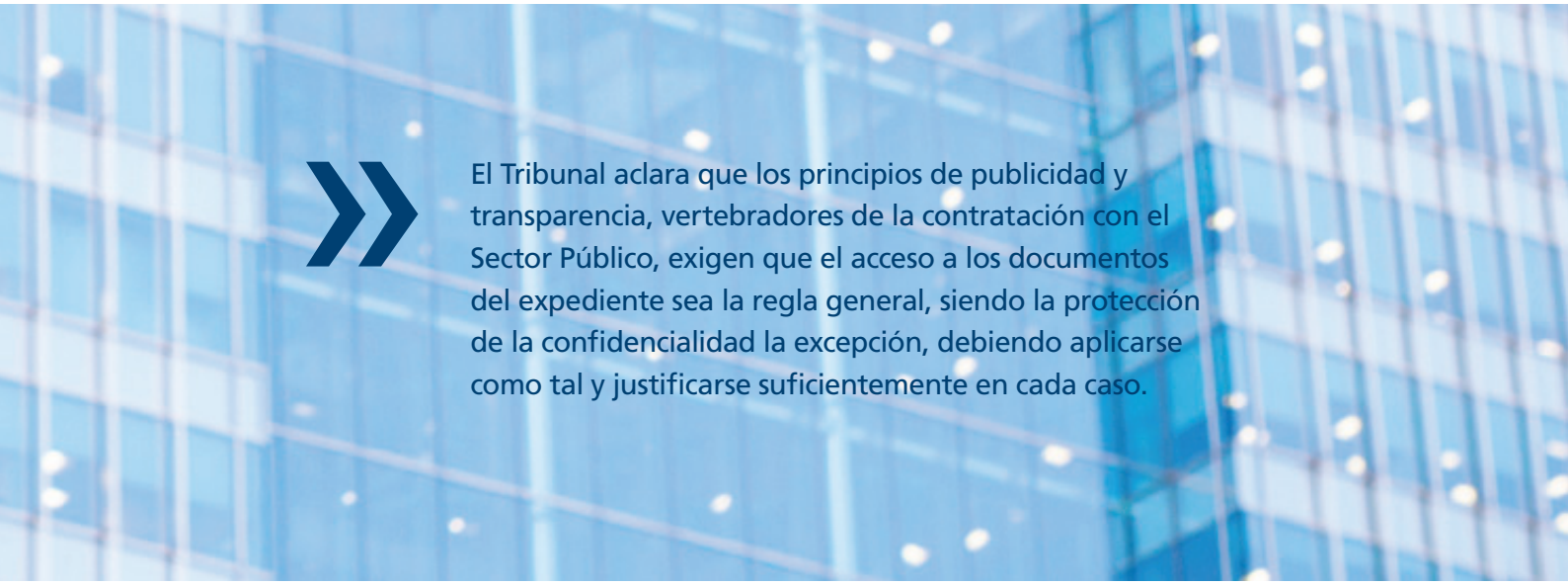
La UTE impugnaba la adjudicación con base en, entre otros argumentos, el sesgado acceso a la documentación contenida en el expediente de contratación que le había sido concedido por el Consejo Comarcal, un acceso limitado que, entre otras cuestiones, limitaba su derecho a la defensa, y le amparaba en su solicitud al Tribunal de celebración de un nuevo acceso al expediente, en línea con el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Conviene notar que en aquel caso la vista del expediente sí fue concedida. El "pero" estribó en que ante la falta de clasificación de los documentos por parte de la adjudicataria, fue el propio Consejo Comarcal el que trató de delimitar aquellos documentos de carácter confidencial con motivos algo insuficientes en opinión de la UTE.

Con estas premisas, la primera crítica del Tribunal, dirigida a la incompleta motivación del Consejo Comarcal acerca de lo que es o no confidencial, resulta lógica. El acceso a la información contenida en registros públicos, salvo justificación suficiente y expresa de la empresa interesada, debería ser concedido; y lo mismo ocurre por ejemplo con los documentos en que sea posible suprimir o sombrear los datos que sí son confidenciales, que, en virtud de una doctrina consolidada, no merecen ser calificados de confidenciales en su totalidad.

Sentado el detalle, el Tribunal pone el foco en el auténtico debate que subyace en la práctica de este tipo de trámites, es decir, la eterna dicotomía de tan difícil equilibrio que plantean la salvaguarda del principio de confidencialidad y del principio de publicidad y transparencia, contenidos, respectivamente, en los artículos 140 y 1 del previamente mencionado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El Tribunal reflexiona sobre lo regulado al respecto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y colige que este equilibrio constituye, para la legislación comunitaria, la clave de bóveda de estos trámites. A ello añade que la legislación española va un paso más allá y expresamente regula que no es otro sino el órgano de contratación el que debe pronunciarse logrando ese contrapeso.



El Tribunal aclara que los principios de publicidad y transparencia, vertebradores de la contratación con el Sector Público, exigen que el acceso a los documentos del expediente sea la regla general, siendo la protección de la confidencialidad la excepción, debiendo aplicarse como tal y justificarse suficientemente en cada caso.

Pero entonces, ¿debemos priorizar la protección de lo confidencial por delante de la garantía de la publicidad, o al contrario? El Tribunal aclara que los principios de publicidad y transparencia, vertebradores de la contratación con el Sector Público, exigen que el acceso a los documentos del expediente sea la regla general, siendo la protección de la confidencialidad la excepción, debiendo aplicarse como tal y justificarse suficientemente en cada caso.

El razonamiento sostenido por el Tribunal le lleva a estimar el recurso presentado por la UTE en el sentido de acordar la retroacción de las actuaciones al momento de puesta de manifiesto del expediente, pero como es lógico sin entrar a valor el fondo del recurso, por entender que ello resultaría incongruente con haber concluido que el acceso al expediente concedido por el Consejo Comarcal había impedido a la UTE fundamentar debidamente su recurso.

El Tribunal concluye su razonamiento con una advertencia que conviene notar acerca de la facultad prevista en el artículo 29.3 del Reglamento previamente mencionado. Este precepto, recordaremos, habilita al licitador que recurre a solicitar al tribunal competente la puesta de manifiesto del expediente en el marco de la interposición del recurso especial cuando el órgano de contratación le hubiera negado dicho acceso.

Ahora bien, como el Tribunal recuerda, esta solicitud sólo será acogida cuando concurran las circunstancias necesarias, es decir, que la empresa haya solicitado efectivamente el acceso al órgano de contratación, que este órgano le haya denegado la vista (sin que sea a ello equiparable que el acceso haya resultado parcial o incompleto, como en el caso analizado), y que el Tribunal, a la vista de lo alegado por las partes, podrá conceder o no dicho acceso.

En definitiva, un pronunciamiento sumamente interesante para esta práctica que sin duda contribuye a arrojar luz sobre un trámite no poco habitual y respecto al cual las reglas del juego no siempre están claras.

Interpretación restrictiva de la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales de un contrato marco de operaciones financieras

Javier Wesolowski
Departamento de Procesal

El Tribunal Supremo no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre las reglas de interpretación de convenios arbitrales insertos en las condiciones generales de la contratación de contratos suscritos entre empresas, ni sobre los límites de la extensión de estas cláusulas arbitrales a otros contratos.

La Sentencia de la Sala Primera núm. 409/2017, de 27 de junio, contiene valiosas pautas que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de redactar pactos de sumisión a arbitraje como el que es objeto de la Sentencia. El caso sometido a la consideración del Alto Tribunal es el siguiente:

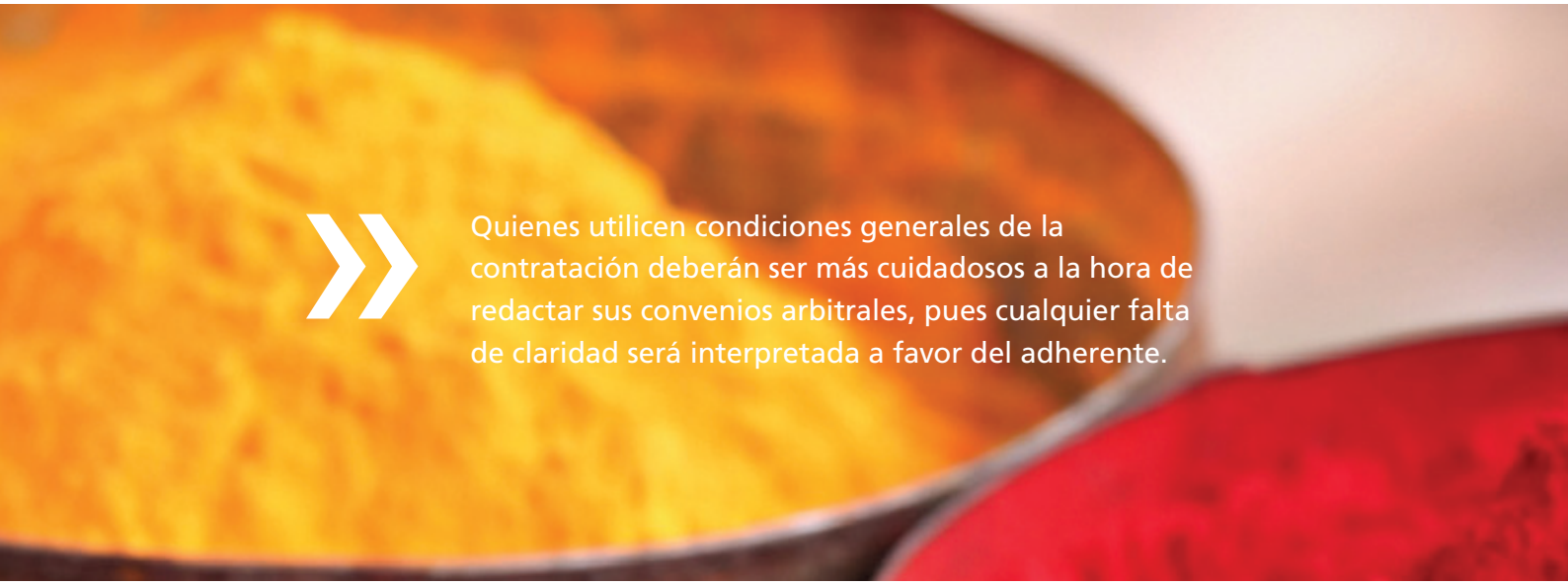
Una entidad bancaria suscribió con una empresa fabricante de zumos un contrato marco de operaciones financieras, al amparo del cual se concluyeron dos contratos de derivados financieros distintos: un contrato de *swap* de tipo de interés Euribor –para mitigar el riesgo derivado de la evolución del Euribor– y un contrato de put con barrera –una opción de compra cuyo ejercicio está sometido a que el activo subyacente alcance un precio determinado–. La empresa de zumos demandó ante la jurisdicción civil a la entidad bancaria, solicitando la nulidad de los dos contratos suscritos al amparo del contrato marco. La entidad bancaria interpuso declinatoria de falta de juris-dicción por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje, por contener las condiciones generales del contrato marco una cláusula de sumisión a arbitraje.

Tanto en primera como en segunda instancia el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje fue desestimado, estimándose parcialmente la demanda de la empresa y declarándose la nulidad de uno de los dos contratos de derivados (el de *put* con barrera).

La entidad bancaria interpuso frente a la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario por infracción procesal en el que atacaba la desestimación de la declinatoria interpuesta con base en dos motivos: la defensa de la entidad bancaria sostuvo que la competencia para determinar la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral corresponde a los árbitros y, sólo *prima facie*, a la jurisdicción ordinaria, que, en caso de comprobar indiciariamente la existencia y validez del convenio arbitral, deberá remitir a las parte al arbitraje; además, en todo caso el convenio arbitral debía considerarse aplicable a los contratos de derivados financieros por haberse concluido en ejecución del contrato marco.

El Tribunal Supremo desestima el recurso por considerar que el convenio arbitral inserto en las condiciones generales del contrato marco no es aplicable a los contratos de derivados financieros suscritos al amparo de aquel.

En primer lugar, el Alto Tribunal considera que, interpuesta declinatoria por sometimiento de la cuestión litigiosa aplicable, el órgano judicial tiene plena competencia para pronunciarse sobre la existencia, validez, eficacia y aplicación de la cláusula arbitral a la controversia. Para el Tribunal Supremo, esta interpretación es acorde con los artículos 11 y 22 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, con la Ley Modelo UNCITRAL –que le sirvió de inspiración– y con el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. En particular, para el Tribunal Supremo resulta determinante que, en la tramitación del Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración



» Quienes utilicen condiciones generales de la contratación deberán ser más cuidadosos a la hora de redactar sus convenios arbitrales, pues cualquier falta de claridad será interpretada a favor del adherente.

General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010, se descartara finalmente adoptar la previsión defendida por la entidad bancaria, esto es, que los tribunales tuvieran una competencia limitada para determinar la existencia y validez del convenio arbitral –según la llamada tesis fuerte del principio *kompetenz-kompetenz*–.

Entrando, por tanto, a conocer del fondo de la cuestión, el Tribunal Supremo considera acertado el análisis de los órganos judiciales de instancia.

La cláusula arbitral contenida en el contrato marco tenía el siguiente tenor: "*[t]oda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad*".

Para la entidad bancaria, los contratos de derivados suscritos al amparo del contrato marco son actos de ejecución del mismo y la validez de dichos contratos queda incluida entre las materias sometidas a arbitraje en virtud de dicha cláusula.

El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si la cláusula arbitral que no incluye expresamente la validez del contrato como materia sometida a arbitraje incluye las controversias de esta naturaleza –algo que ha generado un gran debate en el pasado y que, en la actualidad, ha sido casi siempre superado por una mejora en la redacción de los convenios arbitrales–. La Sentencia considera, directamente, que la cláusula arbitral no incluía las controversias relativas a los contratos de derivados.

Para el Tribunal Supremo, en primer lugar, la naturaleza del contrato marco –un contrato de adhesión– y de la cláusula arbitral –una condición general de la contratación– es determinante de la aplicación de la regla de interpretación *contra proferentem* del artículo 1288 del Código Civil (que impide que las oscuridades de una cláusula favorezcan a quien la redactó). Aunque la entidad bancaria sostuvo que la cláusula arbitral no beneficiaba especialmente a ninguna de las partes, la Sentencia considera que resulta de aplicación esta norma porque (i) la cláusula fue incluida y redactada por la entidad bancaria; y (ii) el hecho de incluir la cláusula arbitral y sostener su validez durante el procedimiento es prueba de su interés para la entidad bancaria. Tomando como guía esta regla de interpretación, el Tribunal Supremo se decanta por la tesis de la empresa fabricante de zumos y de las Sentencias de instancia.

La Sentencia considera que los contratos de derivados no son simples actos de ejecución del contrato marco porque necesitan una nueva prestación del consentimiento para su conclusión, aunque reconoce que el contrato marco contiene una regulación contractual común que sirve para integrar la reglamentación de los contratos de derivados en lo no previsto expresamente por los mismos.

Resulta discutible la tesis adoptada por el Tribunal Supremo, pues la ejecución de un contrato puede, perfectamente, requerir de la prestación de un nuevo consentimiento por parte de los contratantes (o la conclusión de nuevos contratos), y, en todo caso, parece más coherente entender que la voluntad de las partes es adoptar un único mecanismo de resolución de todas sus disputas –especialmente si el mismo se incluye en un contrato marco–. La Sentencia realiza una interpretación claramente restrictiva de la extensión de la cláusula arbitral. Sin embargo, de la misma se desprende que esta rigurosa interpretación no deriva de la concepción que tiene nuestro Alto Tribunal de los requisitos generales para la extensión de un convenio arbitral a otros contratos, sino del hecho de que la cláusula arbitral había sido impuesta por una de las partes y no garantizaba que el adherente hubiese aceptado la extensión del convenio arbitral del contrato marco a los contratos concluidos al amparo del mismo.

En cualquier caso, quienes utilicen condiciones generales de la contratación deberán ser más cuidadosos a la hora de redactar sus convenios arbitrales, pues cualquier falta de claridad será interpretada a favor del adherente.

Valor comprobado de los inmuebles por aplicación al valor catastral de un coeficiente multiplicador: ¿valor real?

Carlos Palma
Departamento de Tributario

Las SSTS de 6 de abril de 2017 (números de resoluciones 639 y 640), confirman el criterio jurisprudencial mantenido por el Alto Tribunal sobre la validez del método de comprobación de valores previsto en el artículo 57.1.b) de la Ley General Tributaria. Permite la utilización del método de aplicar unos coeficientes correctores determinados y publicados por las administraciones tributarias al valor catastral a fin de estimar el valor real de un inmueble.
Voto particular: para la determinación del valor real es necesario el examen individualizado del inmueble.

El procedimiento de comprobación de valores ha sido fuente de litigiosidad entre los contribuyentes y las administraciones tributarias. Hasta tal punto que el Tribunal Constitucional se pronunció en diferentes momentos, como por ejemplo, en su Sentencia de 19 de julio de 2000 (STC 194/2000) –citada en el voto particular–, exigiendo a la administraciones que determinen el valor real de los inmuebles, atendiendo a las circunstancias singulares de cada uno de ellos.

Con posterioridad, con la finalidad de reducir la litigiosidad, el legislador modificó la Ley General Tributaria (a través de la Ley 36/2006) e incluyó en el apartado b) del artículo 57.1 un nuevo método de comprobación de valores: *Estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal*.

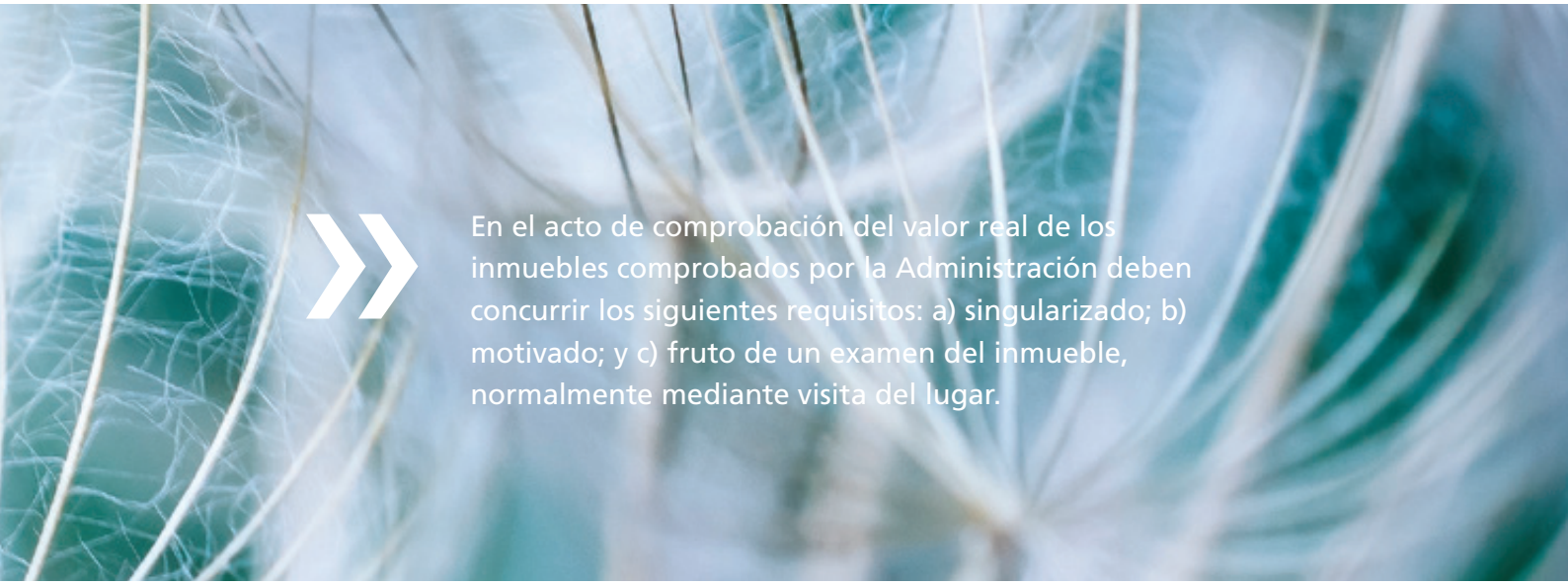
El Real Decreto Legislativo 1/1993 determina que la base imponible del Impuesto en sus modalidades Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados está constituida por el *valor real* del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.

A su vez, el artículo 46 del texto normativo antes citado, faculta a la Administración a comprobar el valor real por diferentes métodos de comprobación establecidos en el artículo 52 de la anterior Ley General Tributaria (en la actualidad, artículo 57).

La primera de las sentencias analiza una comprobación de valores de determinados inmuebles, expedida por la Oficina Liquidadora de Pedreguer (Alicante) de la Generalidad Valenciana. En este caso, la liquidación tributaria impugnada se fundamentó en la aplicación de un coeficiente multiplicador aprobado por la Orden 23/2013, de 20 de diciembre de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por el *valor catastral*.

La Sentencia del Alto Tribunal afirma que la determinación del *valor real* mediante el método de comprobación de fijar un porcentaje aplicable al *valor catastral* es un método de comprobación válido, por los siguientes motivos:

- Considera que el *valor catastral* es un valor determinado mediante métodos objetivos, indiciarios y presuntivos, que no podrá superar el valor de mercado, según dispone el artículo 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se



En el acto de comprobación del valor real de los inmuebles comprobados por la Administración deben concurrir los siguientes requisitos: a) singularizado; b) motivado; y c) fruto de un examen del inmueble, normalmente mediante visita del lugar.

aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

- Se contempla la discrecionalidad de que dispone la Administración en la elección de los medios que establece el artículo 57 de la Ley General Tributaria.

- El contribuyente, si no está conforme con el valor final asignado, siempre tendrá la posibilidad de promover la tasación pericial contradictoria.

- Y, en todo caso, exige que la Administración justifique adecuadamente la elección de este método y razone el resultado de la comprobación que permita al contribuyente conocer los datos tenidos en cuenta relativos a la referencia catastral del inmueble su valor catastral en el año del hecho imponible, el coeficiente aplicado y la normativa en que se basa la Administración Tributaria, al objeto de que pueda prestar o no su conformidad a la valoración.

Sin embargo, resulta interesante destacar de ambas SSTS el apartado 2 del voto particular sobre "*El valor real de los bienes en el impuesto que nos ocupa*".

El Magistrado se pregunta si el medio de comprobación validado por las SSTSS analizadas es un método privilegiado para la Administración y, por ende, limitativo de derechos y garantía para el contribuyente.

Fundamenta su voto en la imprecisión del concepto jurídico indeterminado de valor real en relación con el valor de mercado definido por el propio TS, en la Sentencia de 18 de junio de 2012, citada por él, "*...precio que sería acodado en condiciones de mercado entre partes independientes...*" *y en la STC 194/2000, "…que impone a la Administración la obligación de circunscribirse, dentro de una esfera de apreciación, a unos criterios de naturaleza técnica que no puede obviar, de manera que pueda afirmarse que la Ley impide que aquélla adopte decisiones que puedan calificarse, desde la perspectiva analizada, como libres, antojadizas, en suma arbitrarias*."

En definitiva, el voto particular considera aplicable la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal en relación con la aplicación del método de valoración "*dictamen de peritos*" al método de valoración del artículo 57.1.b) de la Ley General Tributaria. Es decir, que en el acto de comprobación del valor real de los inmuebles comprobados por la Administración deben concurrir los siguientes requisitos: a) singularizado; b) motivado; y c) fruto de un examen del inmueble, normalmente mediante visita del lugar.

En la práctica, los órganos liquidadores de las Comunidades Autónomas han adoptado este método de comprobación de valores de estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal para determinar el *valor real* a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. De las sentencias se desprende que el contribuyente solo podrá exigir a la Administración la motivación del método de comprobación elegido.

Los futuros y necesarios desarrollos reglamentarios de la Ley General Tributaria

Antonio Montero
Departamento de Tributario

Publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi, revista número 931.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (en adelante LGT), ha sido objeto de sucesivas modificaciones, más bien actualizaciones, desde su entrada en vigor en Julio del año 2004.

Las dos últimas fueron materializadas a la través de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, y de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y de estas normas se derivó la necesidad de realizar adaptaciones reglamentarias en varios ámbitos, adaptaciones que, a fecha de hoy, y por distintas circunstancias, en gran medida ajenas al ámbito puramente técnico, aún están pendientes de ser abordadas.

Estas notas tienen por objetivo mostrar una opinión sobre lo que, a juicio de su autor, son aspectos que precisan del citado desarrollo, no sólo para posibilitar el acompasar la literalidad de la norma reglamentaria a la norma legal, sino, y sobre todo, porque dotará de un mayor grado de seguridad al sistema además de posibilitar, en determinados casos, la aplicación material de algunas de las modificaciones legales en su día introducidas.

En esa línea destacamos como materias llamadas a ser desarrolladas, por su gran trascendencia, las siguientes:

1. Parece necesario profundizar en la regulación de las denominadas obligaciones tributarias conexas, contenidas en el artículo 68 de la LGT, por su importancia desde el punto de vista de la *vis expansiva* que es consustancial a la figura (puede afectar a un gran número de figuras impositivas, de titularidad y/o gestión no sólo del Estado, sino de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales) y la incidencia, básica, que la misma tiene en el ámbito de la prescripción del derecho a practicar liquidaciones.

2. Una de las modificaciones introducidas por la Ley 34/2015 que fue objeto de mayor análisis por parte de los profesionales fue la relativa a los plazos en el procedimiento inspector, que alteró de forma sustantiva la regulación preexistente. Es de general aceptación el principio de que una norma con rango legal no puede abarcar toda la casuística posible ni descender a un nivel de detalle propio de norma reglamentaria. Pues bien, la materia referente al plazo para la realización de las actuaciones inspectoras es un magnífico ejemplo de tal situación, precisando el actual artículo 150 de la LGT de un pormenorizado desarrollo reglamentario, habida cuenta de la casuística que en el mismo se dibuja, muy especialmente en las situaciones de mayor complejidad allí contempladas, como son las comprobaciones en el ámbito de los grupos de entidades y en el supuesto de comprobación de entidades vinculadas.

3. Sin duda merecerán la atención del redactor reglamentario los aspectos procedimentales relacionados con la estimación indirecta, respecto de la que el nuevo artículo 158 de la LGT introdujo sustantivos cambios que precisan de mayor concreción,

Es previsible que en los próximos meses asistamos al conocimiento público de las correspondientes propuestas normativas.

habida cuenta del apoyo que dicho método de determinación de la base imponible tiene, *ex novo*, en las técnicas muestrales, por la incidencia que la propia naturaleza del proceso productivo y/o de la actividad económica desarrollada puede tener en la conformación de aquellas, más allá del aspecto estrictamente jurídico-fiscal.

4. En el campo de las infracciones y sanciones se hace preciso el desarrollo reglamentario de una modificación que también fue objeto de polémica doctrinal: la posibilidad de incurrir en infracción tributaria en supuestos de regularización mediante la aplicación del conflicto de la aplicación de la norma ex artículo 15 de la LGT. Su nuevo artículo 206 bis prevé la infracción y la sanción correspondiente, pero precisa de un paso previo para que la potestad sancionadora pueda materializarse: la publicidad, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de los dictámenes de la Comisión consultiva que la ley creó para permitir dichas regularizaciones.

5. En el ámbito del delito contra la Hacienda Pública, es previsible la incorporación reglamentaria del mecanismo que permitirá la cuantificación de la deuda tributaria en aquellos supuestos en los que existan elementos de la obligación tributaria que se encuentren vinculados al presunto delito y otros que no lo estén. Este aspecto es absolutamente trascedente por la repercusión que dicha cuantificación tendrá en la determinación de la existencia, o no, del presunto delito.

En estas breves líneas resulta, desde luego, inabarcable acometer una exposición integral de los cambios reglamentarios que son aconsejables y convenientes, cuando no necesarios, y que van mucho más allá de los expuestos. Es previsible que en los próximos meses asistamos al conocimiento público de las correspondientes propuestas normativas. Que así sea.

Implicaciones fiscales de la presentación extemporánea del Modelo 720

Cristina Heredero y Ricardo Héctor
Departamento de Tributario

En fecha 6 de junio de 2017, la Dirección General de Tributos ("DGT") ha publicado la contestación vinculante a consulta número V1434-17 ("contestación V1434-17"). Dicha contestación analiza las consecuencias fiscales derivadas de la presentación extemporánea de la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero ("Modelo 720") sin requerimiento previo por parte de la Administración.

Aunque estemos ante el primer pronunciamiento oficial en materia de las sanciones derivadas de la presentación extemporánea del modelo 720, dicha contestación viene a refrendar el criterio que hasta ahora había seguido la Agencia Estatal de Administración Tributaria, tal y como se trasladó en la reunión del Pleno del Foro de Asociaciones y Colegios Profesionales Tributarios, de 1 de julio de 2015, en palabras del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

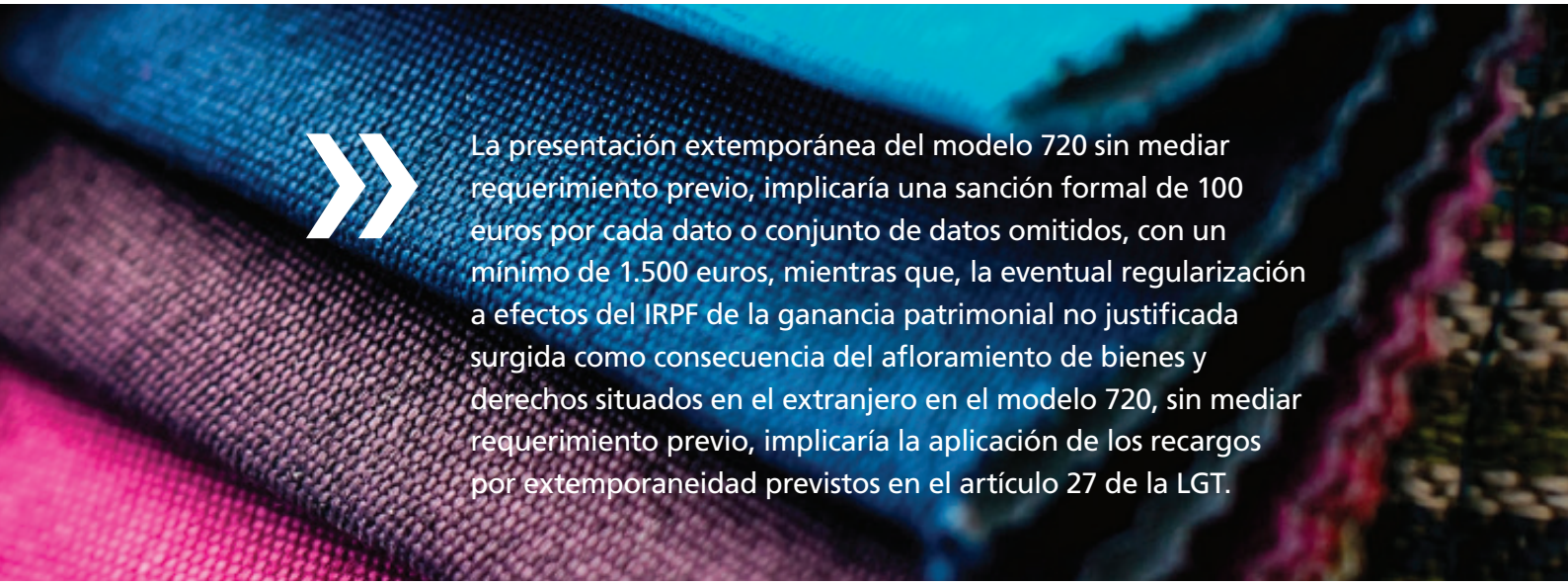
La contestación V1434-17 analiza dos aspectos en particular: (i) la presentación extemporánea del modelo 720, y (ii) la consiguiente regularización en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF") de la ganancia patrimonial no justificada que pudiera surgir como consecuencia del afloramiento de bienes y derechos en extranjero.

En primer lugar, por lo que se refiere a la presentación extemporánea del modelo 720, la contestación V1435-17 confirma la aplicación del régimen sancionador previsto en la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT") derivado de la presentación del modelo fuera plazo sin requerimiento previo por parte de la Administración. Dicho régimen impone una sanción de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada bien o derecho según su clase, con un mínimo de 1.500 euros.

En segundo lugar, la contestación V1434-17 analiza las implicaciones fiscales derivadas de la eventual regularización de la ganancia patrimonial en el IRPF. En particular se analiza la aplicación del artículo 39.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("LIRPF") y su régimen sancionador.

Dicho artículo establece que los bienes y derechos respecto de los que no se hubiese cumplido en plazo la obligación de presentar el modelo 720, tendrán la consideración de ganancias patrimoniales no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo más antiguo entre los no prescritos, salvo que se pueda acreditar que la titularidad de dichos bienes y derechos se corresponde con rentas declaras u obtenidas en periodos impositivos en los que no se tuviera la condición de contribuyente del IRPF.

Asimismo, el régimen sancionador vinculado al artículo 39.2 de la LIRPF establece que la regularización de estas ganancias patrimoniales no justificadas implica la comisión de una infracción tributaria muy grave, sancionada con multa pecuniaria del 150%.



> La presentación extemporánea del modelo 720 sin mediar requerimiento previo, implicaría una sanción formal de 100 euros por cada dato o conjunto de datos omitidos, con un mínimo de 1.500 euros, mientras que, la eventual regularización a efectos del IRPF de la ganancia patrimonial no justificada surgida como consecuencia del afloramiento de bienes y derechos situados en el extranjero en el modelo 720, sin mediar requerimiento previo, implicaría la aplicación de los recargos por extemporaneidad previstos en el artículo 27 de la LGT.

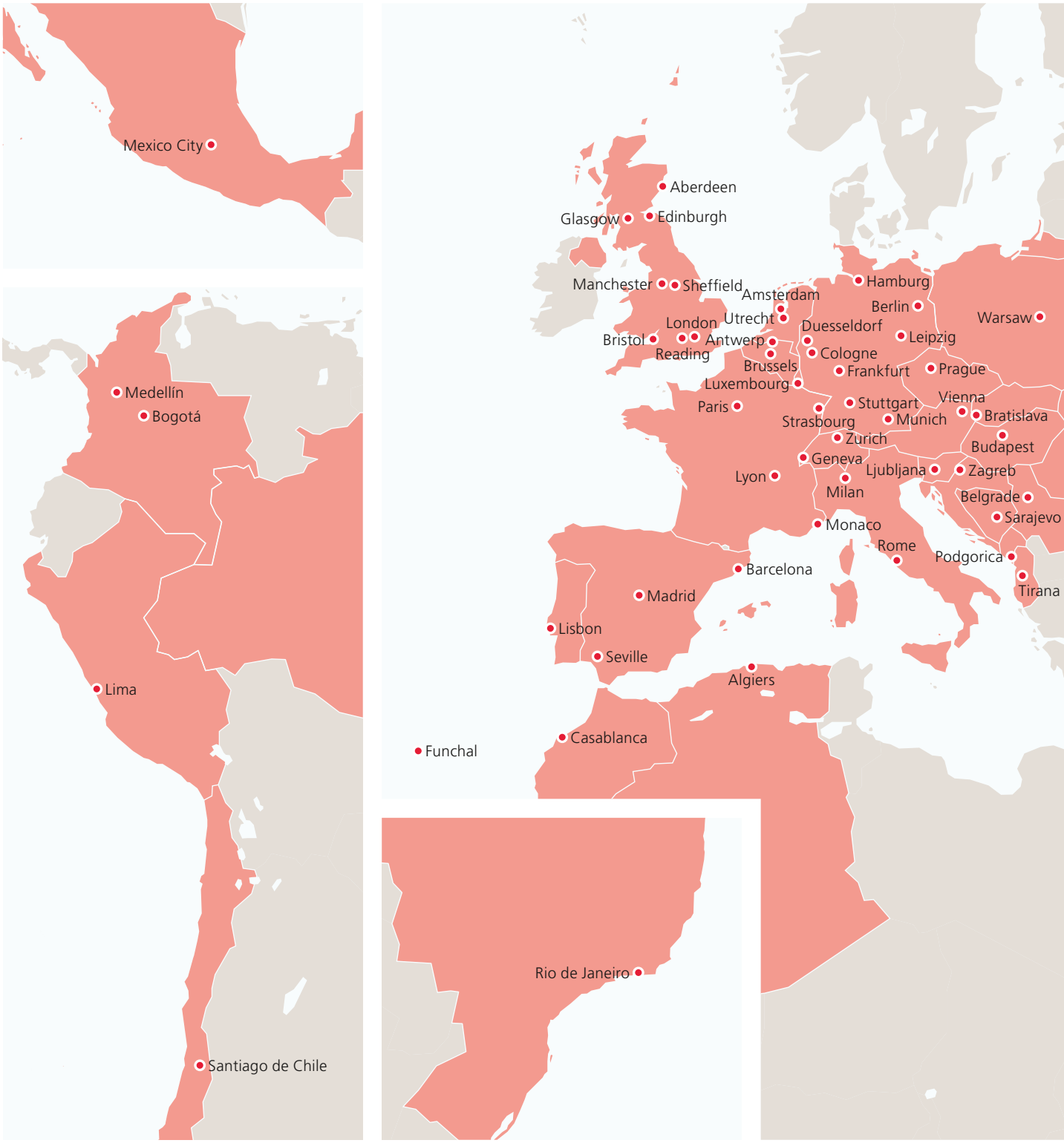
Sin perjuicio de lo anterior, la contestación V1434-17 concluye que, en los supuestos de regularización voluntaria en el IRPF de las ganancias patrimoniales no justificadas que pudieran surgir como consecuencia del afloramiento de bienes y derechos en el extranjero, no será de aplicación la sanción del 150%, sino que resultarán de aplicación los recargos del artículo 27 de la LGT por declaración extemporánea (5%, 10%, 15% o 20% dependiendo de si han transcurrido tres, seis, doce o más de doce meses desde el fin del plazo legalmente establecido para su presentación).

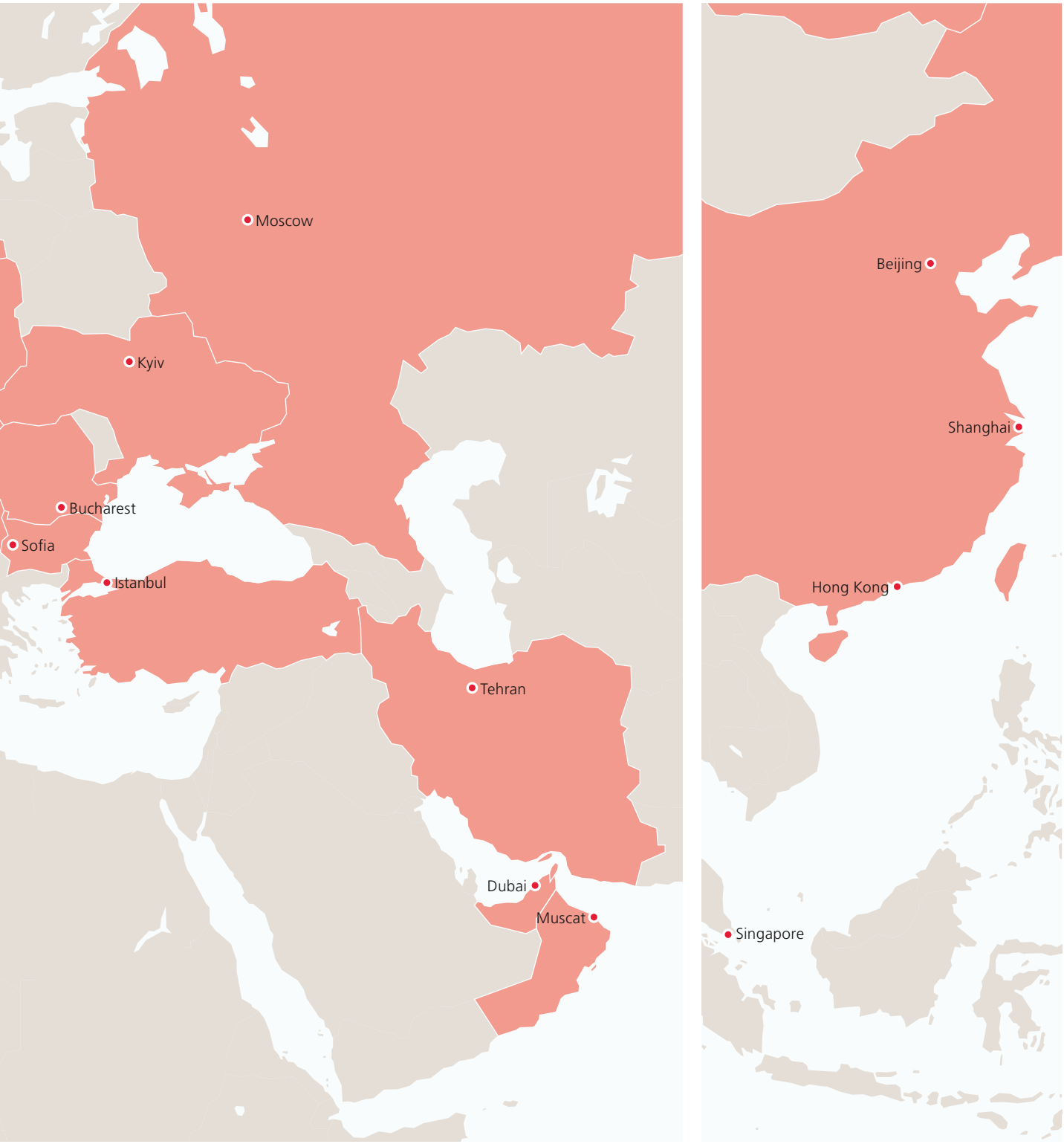
Asimismo, conviene destacar que, hasta la publicación de la contestación V1434-17, se generaba la controversia relativa a si la regularización voluntaria por parte del contribuyente en el IRPF, derivada de la presentación extemporánea del modelo 720, implicaba o no la comisión de la infracción y la consecuente imposición de la sanción del 150% sobre la cuota resultante de dicha regularización, como consecuencia del afloramiento de bienes y derechos situados en el extranjero.

En definitiva, la presentación extemporánea del modelo 720 sin mediar requerimiento previo por parte de la Administración, implicaría una sanción formal de 100 euros por cada dato o conjunto de datos omitidos, con un mínimo de 1.500 euros, mientras que, la eventual regularización a efectos del IRPF de la ganancia patrimonial no justificada surgida como consecuencia del afloramiento de bienes y derechos situados en el extranjero en el modelo 720, sin mediar, igualmente, requerimiento previo por parte de la Administración, implicaría la aplicación de los recargos por extemporaneidad previstos en el artículo 27 de la LGT, sin que resulte de aplicación la sanción del 150% vinculada con el artículo 39.2 de la LIRPF (el mismo criterio debería resultar de aplicación respecto del artículo 121.6 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

Por último, conviene recordar que, el pasado 15 de febrero de 2017, cuatro años después de la denuncia interpuesta contra las normas reguladoras del modelo 720, la Comisión Europea emitió un Dictamen Motivado solicitando la modificación de las normas reguladoras sobre bienes y derechos situados en el extranjero, por lo que, tras no haber modificado España la normativa, habrá que esperar al Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para tener una visión completa de estos preceptos.

CMS en el mundo




Moscow
Kyiv
Bucharest
Sofia
Istanbul
Tehran
Dubai
Muscat
Beijing
Shanghai
Hong Kong
Singapore

C/M/S/
Law.Tax

Hechos y datos

— **71 Oficinas**

— **65 Ciudades**

— **> 1.000 Socios**

— **> 4.500 Abogados**

— **> 7.500 Empleados**

— **Facturación**: 1.050 millones de euros (2016)

— **40 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: 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)

cms.law

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)

C/M/S/ Law-Now™

Law . Tax

Your free online legal information service.

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

C/M/S/ e-guides

Law . Tax

Your expert legal publications online.

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

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

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

cms.law

© CMS España | CMS Albiñana & Suárez de Lezo | Julio 2017