

Your World First

C/M/S/

Law.Tax

Referencias Jurídicas

Septiembre 2017

Referencias Jurídicas

Septiembre 2017

Artículos de fondo

Procesal

Sobre la desconocida complejidad y la importancia de la redacción de los convenios arbitrales4
Javier Wesolowski

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Las lecciones que enseñan las sociedades conflictivas8
Ángel Ruiz

Derecho Público y Sectores Regulados

Adiós al procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía10
María Torres

Novedades legislativas del régimen jurídico de los denunciantes para prevenir la corrupción12
José María Pernas

Procesal

Matrices y filiales: ¿qué hace una madre si se le notifica una demanda que “sabe” que debería haberse dirigido contra su hija?14
Marta Lalaguna

La sociedad extinguida: vida después de la muerte (al menos, para ser demandada)16
Marta Lalaguna

La utilización del artículo 150 LEC y la intervención de terceros: un intento frustrado18
Marta Lalaguna

Propiedad Industrial e Intelectual

Nueva regulación del sistema español de compensación equitativa por copia privada20
Blanca Cortés

Tributario

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en el procedimiento sancionador22
Antonio Montero

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de revisión24
Antonio Montero

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de recaudación26
Antonio Montero

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de aplicación de los tributos28
Antonio Montero



Sobre la desconocida complejidad y la importancia de la redacción de los convenios arbitrales

Javier Wesolowski

Si hace algunos años tan sólo se incluían cláusulas de sometimiento a arbitraje en grandes contratos entre empresas –multinacionales, fundamentalmente–, o entre empresas y estados, hoy en día, incluso, aparecen insertas en contratos de adhesión y en contratos celebrados con consumidores.

En algunos casos resulta imprescindible para las partes contratantes el sometimiento de sus eventuales controversias a arbitraje –por razones de confidencialidad, de tiempo o de facilidad de ejecución del laudo en terceros estados, entre otras–. Sin embargo, otras veces se incluyen cláusulas arbitrales en los contratos tan sólo porque a los abogados les resultan más exóticas que las tradicionales cláusulas de elección de foro o jurisdicción. De hecho, para algunas empresas la cláusula arbitral se ha convertido casi en una cláusula de estilo, como es el caso de las que la incluyen en las condiciones generales que se emplean para contratar con terceros.

La generalización del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas ha rebajado considerablemente el recelo con el que nuestros tribunales abordaban esta

institución. Sin embargo, siguen existiendo casos en los que una mala o excesivamente compleja redacción del convenio arbitral puede determinar su nulidad o invalidez –si vulnera normas imperativas o si de su contenido o de su formato no se desprende un consentimiento claro para someter las controversias a arbitraje– o su ineficacia o inoperancia –si no es posible iniciar un procedimiento arbitral que cumpla con las particularidades convenidas por las partes–. Se trata de las llamadas cláusulas arbitrales patológicas.

Es importante tener en cuenta que la cláusula arbitral tiene un elevado componente técnico-jurídico. Por lo tanto, no debería ser incluida en un contrato sin la supervisión de un experto en arbitraje. Y eso, en casi todos los casos, no sólo excluye a los clientes, sino también a los abogados espe-

cializados en derecho financiero o mercantil que redactan el grueso de los contratos.

En este artículo se contienen una serie de recomendaciones que pretenden evitar problemas que, una vez surgida la controversia, es difícil que se despejen por acuerdo entre las partes.

En esos casos, es frecuente que uno de los contratantes, en la creencia de que la cláusula arbitral es nula, la obvie e inicia un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. Ante ello, la reacción del demandado, aunque sea con un ánimo puramente dilatorio, será casi siempre interponer declinatoria invocando la cláusula arbitral.

Y al revés. Iniciado un arbitraje por una de las partes invocando una cláusula arbitral poco clara o con defectos que pudieran conllevar su nulidad, el demandado opondrá seguro la excepción de falta de competencia del tribunal por inexistencia de una cláusula arbitral válida y eficaz. Y podrá reproducir dicha cuestión ante los tribunales mediante la acción de nulidad frente al laudo, por lo que podría llegar a privarse de validez la eventual decisión arbitral después de toda su tramitación.

Para evitar estos problemas deben redactarse las cláusulas arbitrales con la debida claridad y sin excesiva complejidad. En todo caso, una vez nacida la controversia, si existen dudas sobre la validez o la eficacia de la cláusula arbitral, antes de iniciar el arbitraje o acudir a la jurisdicción ordinaria, puede ser conveniente comunicárselo a la parte contraria –siempre que no sea estratégicamente inconveniente–, apercibiéndole de que la ausencia de respuesta en un plazo

razonable será tomada como una renuncia al sometimiento a arbitraje. Naturalmente, los tribunales no tendrán por qué tomar ese silencio de la misma manera, pero seguramente lo tengan en cuenta a la hora de decidir sobre las costas procesales de una eventual declinatoria de jurisdicción.

i. La conveniencia de someter las controversias que puedan surgir a arbitraje

El arbitraje no siempre es adecuado para resolver una disputa contractual. Por ejemplo, cuando ambas partes pertenecen al mismo estado, el interés económico del contrato no es elevado o las controversias no se prevén especialmente complejas desde un punto de vista jurídico ni desde un punto de vista del objeto del contrato, es posible que el arbitraje no sea la opción más eficiente desde la perspectiva del binomio coste/beneficio. Suele conllevar un mayor gasto para las partes, y tampoco debe olvidarse que el arbitraje es un procedimiento que –a salvo las recientes innovaciones en materia de apelación arbitral– comprende una sola instancia (*one-shot*, en terminología anglosajona), lo que puede no resultar aceptable para alguna de las partes.

Por el contrario, si se trata de una relación jurídica con elementos internacionales (especialmente si las partes pertenecen a estados distintos y no se encuentran cómodas litigando fuera de su país de residencia), si es preciso que la persona o personas que van a dictar el fallo tengan conocimientos técnicos específicos¹ o si resulta especialmente importante que el procedimiento no se alargue excesivamente en el tiempo, entonces es probable que el arbitraje sea una buena forma de resolver la disputa.

1. Los árbitros no tienen por qué ser juristas, sino que pueden ser profesionales relacionados con el sector en el que se enmarca el objeto del contrato, como ingenieros, médicos, expertos contables y financieros, etc. Puede, incluso, formarse un tribunal por juristas y no juristas que enriquezca el debate interno en el Tribunal.

En cualquier caso, si la redacción del contrato no está en manos de un equipo de abogados entre los que se incluya un especialista en litigación y arbitraje es recomendable buscar asesoramiento para poder decidir cuál es el mejor mecanismo de resolución de disputas para las partes.

ii. La expresión clara de la voluntad de someter las disputas a arbitraje

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (la "Ley de Arbitraje"), "[e]l convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

No aclara la Ley de Arbitraje cuándo un convenio arbitral expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias, por lo que es una cuestión que debe analizarse caso a caso. La práctica ha generalizado el uso de determinadas expresiones que pretenden manifestar con claridad la voluntad de las partes de someter cualquier disputa a arbitraje, incluyendo la propia validez del contrato, su interpretación y su cumplimiento.

Conviene evitar expresiones como "podrán someter" y otras que no sean terminantes, y tampoco se deben incluir cláusulas de jurisdicción junto a las cláusulas arbitrales – excepto que realmente se pretenda introducir una cláusula híbrida –, porque pueden llevar a los tribunales a considerar que la voluntad de someter las controversias a arbitraje y excluir los tribunales ordinarios no es clara. Igualmente, es conveniente evitar cualquier expresión que permita entender que el laudo no es final o que no es de obligado cumplimiento para las partes.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato no significa, necesariamente, que todos los contratos firmados entre las partes o relacionados entre sí se puedan considerar sometidos a arbitraje (ni siquiera cuando el convenio se encuentra en un contrato marco).

iii. Arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*

Se dice que el arbitraje es institucional cuando su administración o tramitación se encomienda a una corte arbitral. Hay algunas de reconocido prestigio internacional, como la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En España destacan, entre otras, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (la CIMA) o la Corte Española de Arbitraje (la CEA). Cada corte tiene un reglamento que regula el procedimiento arbitral.

Por otro lado, se dice que el arbitraje es *ad hoc* cuando el arbitraje no se encomienda a una corte, sino que las partes confían directamente el arbitraje a uno o más árbitros (en

ocasiones de determinadas características y a veces, incluso, con nombre y apellidos) y pueden pactar igualmente las reglas procedimentales que estos deberán seguir.

Hoy en día es poco frecuente la utilización del arbitraje *ad hoc*, pues el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, las labores de secretaría que realiza la corte y su soporte, aunque encarecen el arbitraje, resultan muy útiles para las partes. Además, el arbitraje institucional es más previsible porque pone a disposición de las partes reglamentos cada vez más completos que son revisados cada cierto tiempo para adaptarlos a la práctica arbitral. Asimismo, las cortes arbitrales ponen a disposición de las partes otros servicios complementarios, como tribunales arbitrales de apelación, la posibilidad de nombrar árbitros de emergencia para la adopción de medidas cautelares y árbitros sustitutos y, en general, cuantas medidas son necesarias para el buen término de las actuaciones arbitrales.

En caso de optar por un arbitraje *institucional* siempre es recomendable utilizar los modelos de cláusula arbitral que ofrecen las cortes, pues lo normal es que hayan sido minuciosamente revisados por expertos para evitar cualquier problema de validez o eficacia y hacerlos coherentes con las previsiones específicas de cada reglamento. Y, por supuesto, hay que evitar el error de designar una corte arbitral que no existe o que ya no presta servicios de arbitraje.

En caso de optar por un arbitraje *ad hoc* es recomendable que la cláusula se redacte por un experto y siempre en términos amplios. No es infrecuente el caso en el que las partes eligen árbitros con unas características tan específicas (por ejemplo, que sean de una nacionalidad determinada pero que conozcan una lengua de otro país) que, surgida la controversia, no encuentran a quien las cumpla, o, cumpliéndolas alguna persona, pero no pudiendo aceptar el encargo arbitral por algún motivo, la cláusula se convierte en inoperante. En ese caso, el exceso de exhaustividad puede ser fuente de muchos problemas.

iv. Arbitrabilidad de la controversia

Un problema que se plantea en ocasiones obedece a que las partes someten a arbitraje cuestiones que pueden no ser arbitrables. Hoy en día no existen dudas sobre la imposibilidad de someter a arbitraje una cuestión penal, ni tampoco cuestiones de derecho de familia. El motivo es que las partes no gozan (plenamente, al menos) de poder de disposición sobre dichas materias y, por tanto, no pueden sustraer su conocimiento al juez ordinario.

Las dificultades surgen con las materias cuya *arbitrabilidad* no está del todo clara. En el pasado hubo debate sobre si podía someterse a arbitraje una cuestión en la que entraban en juego elementos de derecho de la competencia. Ahora, la jurisprudencia distingue con claridad aquellas

cuestiones sometidas a normas de derecho imperativo – como las norma sobre derecho de la competencia– de aquellas cuestiones verdaderamente indisponibles y, por tanto, inarbitrables. En el primer caso se puede someter el conflicto a arbitraje, si bien los árbitros están obligados a aplicar las normas correspondientes.

v. Las peligrosas cláusulas híbridas, las apelaciones arbitrales y otras previsiones similares

Siendo la voluntad de las partes la piedra angular del arbitraje, las cláusulas arbitrales se hacen cada vez más variadas y complejas en función de las necesidades de cada contrato. En algunos casos las partes establecen la posibilidad de escoger entre jurisdicción ordinaria o arbitraje, o a veces se concede esa opción sólo a una de las partes (*unilateral option clauses*). Asimismo, cada vez se incluyen con más frecuencia recursos de apelación en el seno del procedimiento arbitral o incluso la posibilidad de acudir a los tribunales después del arbitraje. Finalmente, muchas veces se someten las controversias a un arbitraje institucional y a su correspondiente reglamento, pero se introducen modificaciones de esas reglas.

Todas estas modalidades de cláusula arbitral proceden de las jurisdicciones anglosajonas. Por esta razón se debe ser especialmente cauteloso al incluirlas en cláusulas arbitrales sometidas a la ley española de arbitraje. Generalmente, los jueces españoles tardan más tiempo en asimilar estas novedades y, por esta razón, muchas veces consideran inválidas o inoperativas estas cláusulas.

Además, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la corte o los árbitros no acepten esas modificaciones de las reglas y que, nuevamente, nos encontremos ante una cláusula arbitral que no puede ser implementada en sus propios términos.

En definitiva, son muchas las posibilidades y las ventajas que ofrece hoy en día el arbitraje. Pero, puesto que se trata de una institución que nace, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad –y que por ello se encuentra escasamente regulada–, es fundamental contar con expertos en la materia a la hora de redactar el convenio arbitral para evitar problemas cuando surja la disputa.





Las lecciones que enseñan las sociedades conflictivas

Ángel Ruiz

Departamento de Corporate / M&A

Con ocasión de un conflicto societario, una reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclara la correcta interpretación de importantes normas en materia de efectos de la mora de los accionistas, sobre la duración del cargo de administradores, la identidad de los liquidadores a designar en una disolución judicial y sobre el cómputo de las mayorías necesarias para adoptar acuerdos en una sociedad anónima.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de julio de 2017 (BOE de 1 de agosto de 2017) se refiere a una sociedad anónima en la que existen dos únicos grupos accionariales enfrentados con idéntica participación social.

El bloqueo societario provocó que en 2010 se decretara la disolución judicial de la compañía, acordándose el nombramiento de un liquidador profesional, distinto de los consejeros que venían desempeñando el cargo.

Esas decisiones judiciales no tuvieron acceso al Registro Mercantil. A pesar del contenido de la resolución judicial, dos de los tres antiguos consejeros consideraron que el órgano de administración se había convertido en comisión liquidadora y acordaron la convocatoria de una junta general, a la que sólo asistió un grupo accionarial y en la que se acordó el traslado del domicilio social. El Registrador

denegó la inscripción del acuerdo de traslado del domicilio y la Dirección General confirmó la calificación negativa de la escritura.

Este conflicto societario da pie a que este Centro Directivo efectúe aclaraciones interesantes de la normativa societaria aplicable.

En primer lugar aclaró que, aunque la ley y los Estatutos contemplaban la conversión automática de los administradores en liquidadores cuando se producía la disolución de la compañía, había que respetar la voluntad del Juez de lo Mercantil que prefirió designar a un liquidador profesional independiente y ajeno al conflicto societario. La Dirección General entendió que esa decisión judicial era conforme con la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, favorable a la profesionalización de la gestión de la liquidación, criterio que se ha reflejado en el artículo 128.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

También indicó que los antiguos administradores no podían convertirse en liquidadores porque tenían el cargo caducado. La Resolución aclara que, cuando se ha fijado por años, el cómputo del plazo de los administradores debe efectuarse de fecha a fecha (conforme al artículo 5 del Código Civil), a contar desde la fecha de nombramiento (y no desde la fecha de la aprobación del acta ni desde la fecha de aceptación del cargo) y que la caducidad se produce cuando, vencido el plazo, se haya celebrado una nueva junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC). Se aclara que lo anterior es independiente de los avatares procesales (suspensiones, nulidades, etc.) que experimente



Los conflictos societarios al menos sirven para despejar dudas y establecer criterios interpretativos de normas que no siempre son todo lo inteligibles que se deseara.

el nuevo nombramiento de administradores que haya tenido lugar después de la designación del cargo cuya caducidad se esté analizando.

También se aclara que la correcta interpretación del artículo 83 LSC consiste en que, cuando existe mora en el desembolso del valor nominal de las acciones, sólo las acciones que están pendientes del íntegro desembolso (y no todas las acciones del accionista moroso) son las que no pueden ejercitar el derecho de voto y las que se excluyen del cómputo a los efectos de valorar el cumplimiento del requisito del quórum de constitución de las juntas generales.

En el caso analizado, como ambos grupos accionariales se repartían por partes iguales tanto las acciones desembolsadas como las que estaban pendientes de íntegro desembolso, teniendo en cuenta que estas últimas no computaban a los efectos del quórum de constitución y como sólo asistió un grupo accionarial, la Dirección General interpretó que concurrió a la junta el 50% del capital social con derecho de voto. Como el accionista presente votó a favor del traslado del domicilio social, el Centro Directivo interpretó que el acuerdo fue unánime porque, a su juicio, en las sociedades anónimas las mayorías necesarias tanto en primera como en segunda convocatoria se refieren al capital asistente (presente o representado) (art. 201 LSC) y no a todo el capital social con derecho a voto en la compañía (el cual puede estar parcialmente ausente). Por tanto, en principio, se cumplían los requisitos de quórum de constitución y quórum de adopción de acuerdos para decidir el traslado del domicilio.

Pero como la junta general fue convocada por un órgano liquidatorio no válidamente constituido, la junta general

no pudo celebrarse válidamente ni acordar el traslado del domicilio social con lo que, por tanto, el acuerdo no pudo acceder al Registro Mercantil.

Con esta Resolución se demuestra que los conflictos societarios al menos sirven para despejar dudas y establecer criterios interpretativos de normas que no siempre son todo lo inteligibles que se deseara.

Adiós al procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía

María Torres
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Congreso de los Diputados el pasado 27 de julio de 2017, y que podrá ser ahora enmendado en el Senado, establece como una de sus novedades esenciales la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

El procedimiento negociado se configura como un procedimiento de adjudicación de los contratos públicos en el que el órgano de contratación consulta con determinadas empresas de su elección y, tras negociar con uno o varios de los candidatos las condiciones del contrato, lo adjudica al licitador justificadamente elegido. Este procedimiento, que únicamente puede ser utilizado en los casos expresamente previstos en la Ley, presenta dos modalidades: con publicidad previa o sin ella.

Por lo que respecta a la segunda de las modalidades mencionadas, la legislación vigente en materia de contratación pública permite acudir al procedimiento negociado sin la publicación previa de anuncio de licitación, entre otros supuestos, en ciertos casos en que el contrato no supere una determinada cuantía.

Este procedimiento negociado sin publicidad ha sido un procedimiento muy utilizado en la práctica, pues precisamente por la facilidad y rapidez que proporciona la negociación directa, resultaba muy ágil y cómodo. No

obstante, adolecía también de diversos defectos, siendo quizá el más destacado el evidente déficit de transparencia, ya que al carecer de publicidad, se corría el riesgo de generar desigualdades entre licitadores, como bien señalaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

A ello se ha de añadir, como expresamente puso de relieve el Tribunal de Cuentas en varios de sus informes de fiscalización, que en un número considerable de ocasiones, los órganos de contratación no motivaban adecuadamente ni ofrecían justificación alguna de la razón por la que se decidía acudir a este procedimiento.

De hecho, se convirtió en la fórmula predilecta de diversas tramas de corrupción, que lo empleaban para trocear contratos (en función de la cuantía) y evitar así la necesaria publicidad.

La evidente utilización abusiva de este procedimiento en nuestro país llegó a ser incluso advertida por la Unión Europea, que en verano de 2016, a través de una decisión del Consejo, alertó acerca de la baja tasa de publicación de los anuncios de contratos en España, así como sobre el uso significativamente elevado del procedimiento negociado sin publicidad en relación con otros Estados miembros.

Ello motivó que en diciembre de ese mismo año el Consejo de Ministros aprobase unas "Instrucciones para mayor publicidad y transparencia en la contratación pública", ordenando la publicación de anuncios en la Plataforma de Contratos del Sector Público de la Administración General del Estado y recomendando al resto de Administraciones Públicas la adopción de la misma medida.



Partiendo de los efectos significativamente perjudiciales que para la competencia supone el procedimiento negociado sin publicidad, las Directivas limitan su uso únicamente a circunstancias muy excepcionales, como supuestos de extrema urgencia.

Aunque podría pensarse que el citado acuerdo impide la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, la realidad es que ningún precepto del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado en 2011) ha sido derogado de forma expresa o tácita por una norma con rango de ley.

Por ello, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, cuya finalidad es la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de lo establecido en las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, suprime, ahora sí, este procedimiento.

Partiendo de los efectos significativamente perjudiciales que para la competencia supone el procedimiento negociado sin publicidad, las Directivas limitan su uso únicamente a circunstancias muy excepcionales, como supuestos de extrema urgencia debido a acontecimientos imprevisibles, o bien aquellos casos en los que la publicación no generaría más competencia (por ejemplo, cuando sólo exista una empresa que pueda ejecutar el contrato).

Sobre la base de estas premisas, y con la evidente intención no sólo de evitar supuestos de opacidad y de corrupción, sino también de lograr una mayor eficiencia y calidad del gasto público, simplificando los procedimientos de adjudicación y abriéndolos a la competencia, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público contempla, entre otras medidas, la supresión del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación por razón de la cuantía.

Pese a que esta opción supone sin duda un avance muy significativo, algunos autores han destacado sin embargo que su efecto práctico no es del todo satisfactorio, en la

medida en que no resulta de aplicación a poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública. También se ha reprochado el mantenimiento de la figura del contrato menor y sus cuantías, que debería limitarse y someterse a reglas mínimas de publicidad y concurrencia, para evitar que pueda ser utilizado para fragmentar el objeto del contrato.

En cualquier caso, habrá que esperar a la aprobación de la nueva Ley para conocer su texto definitivo, lo que se prevé tendrá lugar a final de año.



Novedades legislativas del régimen jurídico de los denunciantes para prevenir la corrupción

José María Pernas
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Tanto la proposición de ley de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes que se tramita en el Congreso como las propuestas emanadas del Parlamento Europeo anuncian medidas legislativas novedosas en la prevención de la corrupción, que pueden impactar en las conductas administrativas y empresariales en ámbitos tan importantes como la contratación pública.

Actualmente se está tramitando en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (el "Proyecto de ley"), el cual incorpora importantes novedades en materia de medidas de prevención de la corrupción. Nos centraremos en dos: el otorgamiento de un régimen jurídico de protección a los denunciantes de corrupción y la creación de la Autoridad Independiente de Integridad Pública ("AIIP"), como autoridad administrativa independiente con plena independencia orgánica y funcional.

El Proyecto de ley considera denunciantes a los altos cargos, funcionarios y al resto del personal al servicio del sector público que revele información con apariencia de suficiente veracidad sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito o infracción administración, en particular delitos contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública. Será clave determinar claramente cómo evaluar cuando una información tiene apariencia de suficiente veracidad, pues el artículo 5 del Proyecto de ley

determina que *"no se admitirán a trámite las denuncias anónimas ni tampoco aquellas que no puedan sostenerse en documentos o informaciones contrastadas"*.

Por ejemplo, pongamos el caso de un funcionario que tiene conocimiento de que al elaborar los pliegos de un contrato sometido a la Ley de Contratos del Sector Público se van a incluir cláusulas que favorecen indirectamente a un licitador determinado. En ese caso tiene conocimiento de los hechos por conversaciones y relaciones que ha mantenido su superior jerárquico con un licitador que va a presentarse al concurso. Conforme al artículo 5, al no tener el funcionario documentos o informaciones contrastadas la AIIP puede no admitir a trámite la denuncia. De lo cual se deduce que el denunciante debe realizar una labor de documentación antes de presentar la denuncia, lo cual no será posible en muchos casos.

En todo caso, el Proyecto de ley garantiza una serie de derechos a los denunciantes. En primer lugar, que las denuncias serán tramitadas por canales que garanticen la confidencialidad del denunciante, aunque este, como expresa el artículo 5, debe siempre identificarse.

En segundo lugar, a recibir información sobre la situación administrativa sobre la que verse la denuncia y a que se finalice con una resolución expresa y motivada.

En tercer lugar, el denunciante tiene el derecho a la indemnidad laboral, es decir, a no sufrir menoscabo o perjuicio alguno en su estatuto o carrera profesional como consecuencia de la denuncia presentada.

Finalmente, el denunciante tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad



Este Proyecto de ley, unido a los informes que el Parlamento Europeo ha presentado, configuran un régimen jurídico de prevención contra la corrupción que puede tener utilidad con el fin de garantizar una eficiente utilización de los fondos públicos y una libre concurrencia efectiva.

patrimonial de la Administración Pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente. Esta previsión parece fútil, dado que las denuncias versarán sobre posibles hechos de corrupción que normalmente no afectarán directamente a la situación individual del denunciante.

El Proyecto de Ley contempla los denunciantes pueden dirigirse a la AIIP, que dispondrá de un plazo de quince días para iniciar un procedimiento de información reservada, pudiendo desde ese momento los denunciantes solicitar medidas de protección frente a medidas que se puedan adoptar contra ellos a causa de la denuncia presentada, incluyendo que se inste al órgano competente a que se conceda al denunciante un traslado provisional de puesto de trabajo o un periodo de excedencia con derecho al mantenimiento de la retribución y computable a efectos de antigüedad.

El Proyecto de Ley establece que la AIIP dará traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal si apreciare "*indicios racionales de la existencia de un posible delito*". En el caso de una posible infracción administrativa, la AIIP resolverá instando al órgano competente a acordar la incoación del correspondiente procedimiento, que debe comunicar a la Autoridad el resultado del procedimiento.

El Proyecto sí permite a la AIIP el inicio de un expediente sancionador cuando se aprecie la comisión de una infracción administrativa prevista en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, o en materia de conflicto de intereses y gestión económico-presupuestaria previsto en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, pero esto parece insuficiente. En el caso

del ejemplo del contrato público que hemos puesto, la presunta intención de incluir cláusulas favorecedoras de un licitador no podría dar lugar al inicio de un expediente sancionador por la propia AIIP, de modo que el procedimiento lo tramitaría el propio órgano de contratación que está siendo denunciado. Sin duda se debería dar mayores competencias a dicha AIIP para iniciar expedientes sancionadores cuando se tengan indicios de infracciones administrativas en materia de contratos del sector público o en el ámbito patrimonial de las Administraciones Públicas, pues de lo contrario se corre el riesgo de dejar al propio órgano de contratación denunciado la tramitación del procedimiento.

Podemos concluir que este Proyecto de ley, unido a los informes que el Parlamento Europeo ha presentado sobre medidas de protección a denunciantes sobre empresas y organismos públicos [proyecto 2016/2224 (INI)], configuran un régimen jurídico de prevención contra la corrupción que puede tener utilidad con el fin de garantizar una eficiente utilización de los fondos públicos y una libre concurrencia efectiva en los contratos públicos y en otro tipo de procedimientos.

Matrices y filiales: ¿qué hace una madre si se le notifica una demanda que “sabe” que debería haberse dirigido contra su hija?

Marta Lalaguna
Departamento de Procesal

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 con-

secuencia, 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.

La sociedad extinguida: vida después de la muerte (al menos, para ser demandada)

Marta Lalaguna
Departamento de Procesal

¿Puede demandarse a una sociedad cuyo asiento en el Registro Mercantil ha sido cancelado? La Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de mayo de 2017 (Ponente I. Sancho Gargallo) afirma sin rodeos que una sociedad disuelta, liquidada y cuyos asientos registrales han sido cancelados puede ser demandada, ya que *“su personalidad jurídica pervive, aunque sólo sea para atender a las relaciones jurídicas pendientes basadas en pasivos sobrevenidos”*.

Para analizar esta cuestión cabe recordar que el proceso de extinción de una sociedad, previsto en la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) comporta tres fases que, sucintamente, son: (i) la disolución, que es el acto jurídico que abre el proceso de liquidación; (ii) la liquidación, que es el proceso de realización de los activos con la consiguiente cancelación de las deudas de la sociedad y el reparto del remanente entre los socios; y, (iii) la extinción propiamente dicha, que comporta la cancelación de los asientos registrales de la sociedad.

El artículo 371 LSC establece expresamente que la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación persiste. Igualmente, la LSC regula la posibilidad de que aparezcan deudas o créditos “sobrevenidos” con posterioridad a la extinción de la sociedad, estableciendo que: (i) si aparece “activo sobrevenido” los liquidadores adjudicarán a los

“ex-socios” la cuota adicional que les corresponda (artículo 398 LSC); y, (ii) si aparece “pasivo sobrevenido”, que los antiguos socios deberán responder de las deudas contraídas por la sociedad *“hasta el límite de lo que cada uno hubiera recibido como cuota de liquidación”* (artículo 399 LSC). La previsión de la LSC de determinadas operaciones de adjudicación de activos y/o pasivos sobrevenidos en sociedades extinguidas puede llevar a la conclusión de que la personalidad jurídica de la sociedad extinguida es indiscutible, pero lo cierto es que la LSC no lo dice expresamente y hasta la Sentencia se habían dado pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios.

Así, por un lado, las SSTS de 27 de diciembre de 2011 y de 20 de marzo de 2013 habían reconocido, respectivamente, la capacidad para ser parte demandada de una empresa extinguida. Sin embargo, la STS de 25 de julio de 2012 declaró que la cancelación de los asientos registrales de una sociedad suponía automáticamente la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad para ser parte en un procedimiento. Dicha sentencia, no obstante, “aclaraba” que la definitiva desaparición de la sociedad sólo se produciría cuando se hubiesen liquidado todas las deudas de la sociedad (anteriores o posteriores a la liquidación) y para ello reconocía al creador o socio titular de un crédito no tenido en cuenta en las operaciones de liquidación o un crédito sobrevenido a demandar a los liquidadores (no a la sociedad extinguida que, según dicha resolución, carecía de personalidad jurídica).

La Sentencia comentada confirma la posibilidad de presentar una demanda contra la sociedad extinguida cuando existe un pasivo anterior o posterior a las operaciones de liquidación. La Sentencia manifiesta que los acreedores de dicha sociedad extinta podrán demandar



El TS manifiesta que la liquidación formal de una sociedad no la excusa del cumplimiento de sus pasivos pendientes o sobrevenidos, lo que justifica que pueda ser parte en un proceso de reclamación de dichos pasivos y que conservará su personalidad jurídica hasta la liquidación.

también a la propia sociedad *"quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora"*. Y, como lógica consecuencia de ello, también podrá ser declarada en concurso.

En efecto, el TS, poniendo fin a las dudas en torno a esta cuestión, manifiesta que la liquidación formal de una sociedad no la excusa del cumplimiento de sus pasivos pendientes o sobrevenidos, lo que justifica que pueda ser parte en un proceso de reclamación de dichos pasivos y que conservará su personalidad jurídica hasta la liquidación real y material de todas sus deudas.

Asimismo, una de las situaciones en las que la Sentencia puede tener un efecto directo es, por ejemplo, cuando durante el curso de un procedimiento judicial –que puede alargarse varios años en todas sus instancias– los socios de una sociedad quieren proceder a la extinción de la misma, pero tienen dudas de los efectos de esta extinción en el procedimiento abierto. Lo cierto es que en estos casos era habitual recomendar –por cautela y ante la incertidumbre comentada sobre la personalidad jurídica de una sociedad extinguida y su capacidad procesal– *"esperar"* a la finalización del procedimiento judicial para proceder a la extinción de la sociedad y, así, evitar cualquier responsabilidad o problema de falta de legitimación sobrevenida en el procedimiento abierto.

Parece que a partir de esta Sentencia podemos concluir: (i) que ya no hay dudas sobre la posibilidad de demandar a una sociedad extinguida ante la existencia de pasivos pendientes o sobrevenidos; y, (ii) que la sociedad que quiera extinguirse podrá iniciar el procedimiento de extinción sin que ello comporte el *"riesgo"* de perder o tener problemas de legitimación en el procedimiento

judicial del que sea parte demandante o demandada. En cualquier caso, habrá que estar atentos a las resoluciones que se dicten al respecto después de esta Sentencia y comprobarlo.

La utilización del artículo 150 LEC y la intervención de terceros: un intento frustrado

Marta Lalaguna
Departamento de Procesal

Todo abogado que ha tenido una experiencia con la intervención de un tercero en un procedimiento judicial sabe que es una cuestión que, en la práctica, tiene complicaciones y que las resoluciones de los tribunales al respecto pueden ser dispares según el criterio de cada juez. El caso que contamos a continuación es una muestra de ello.

La situación es la siguiente: A, que es copropietario de una finca, presenta una demanda contra B, en su condición de arrendatario de la misma. Si bien es cierto que existe reiterada doctrina del Tribunal Supremo que indica que *"cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad cuando la sentencia dictada en su favor aprovecharía a los demás comuneros"*; B considera que A está actuando en su propio interés y que, dada la petición de su demanda, la sentencia solo le aprovecharía a él, pudiéndose generar un perjuicio al resto de copropietarios (en adelante, C y D).

Por tanto, B tiene interés en que la pendencia del procedimiento sea notificada a C y D: (i) para que se puedan personar voluntariamente si lo estiman conveniente, ya que pueden verse afectados por la sentencia que se dicte; y (ii) para evitar futuros problemas derivados de los efectos de cosa juzgada.

A raíz de este planteamiento, veamos qué opciones tiene B para conseguir este cometido al amparo de la LEC.

En primer lugar, el artículo 13 LEC establece que *"mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito"*. Parece claro que B no puede aplicar este artículo, pues solo C y D podrían integrarse voluntariamente en el procedimiento.

En segundo lugar, el artículo 14.1 LEC indica que *"En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda"*. De nuevo, B no podría ampararse en este artículo, pues no es el demandante.

En tercer lugar, el artículo 14.2 LEC se refiere a los casos en los que *"la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso"*. Aparentemente, B podría llamar a C y D en virtud de esta norma, pero la LEC requiere expresamente que exista algún precepto legal que permita a las partes originarias llamar al tercero para que intervenga en el proceso. Dichos supuestos, con finalidades y efectos distintos son, principalmente, los siguientes: (i) llamada al vendedor en los casos de evicción; (ii) llamada al resto de coherederos en reclamaciones de un acreedor hereditario frente a un coheredero; (iii) llamada al poseedor mediato en reclamaciones planteadas frente al poseedor inmediato; y, (iv) llamada a los agentes del proceso edificatorio. De nuevo, en el supuesto planteado, B no se encuentra en ninguno de los casos mencionados por la LEC.

Dada la situación y la falta de opciones para lograr el objetivo de B en los artículos de la LEC relativos a la intervención de terceros, en el caso comentado, B decidió "probar" con el artículo 150.2 LEC que establece que "Por



Existe una laguna legal para el caso de que un demandado quiera notificar la pendencia de un procedimiento a un tercero a quien considera con interés legítimo para que pueda integrarse en el procedimiento como tercero o parte (algo que, sin embargo, sí pueden hacer: (i) el demandante; (ii) el demandado; o, (iii) el propio tercero.

disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento". De este modo, B solicitó en la contestación a la demanda –vía otrosí y acudiendo a la previsión establecida en el artículo 150 LEC– que el Juzgado notificase la pendencia del procedimiento a C y D, dada su condición de copropietarios y posibles afectados por la sentencia que se dictara, para que pudieran decidir, voluntariamente, si querían intervenir en el procedimiento vía artículo 13 LEC.

El Juzgado desestimó la petición mediante una resolución en la que determinó que *"no ha lugar a notificar la pendencia del procedimiento al no transcurrir los requisitos del artículo 150 de la LEC"*; con justificación en que *"la cuestión que se está planteando es la legitimación activa del actor (...)"*. No es objeto de este artículo la crítica de la anterior resolución, pues lo cierto es que la petición vía 150 LEC en el supuesto comentado y con las previsiones legales vigentes resulta un tanto forzada.

Ahora bien, la anterior experiencia pone de manifiesto que existe una laguna legal para el caso de que un demandado quiera, por las razones que considere conveniente, notificar la pendencia de un procedimiento a un tercero a quien considera con interés legítimo para que pueda integrarse en el procedimiento como tercero o parte (algo que, sin embargo, sí pueden hacer: (i) el demandante, vía artículo 14.1 LEC; (ii) el demandado en supuestos tasados, vía artículo 14.2 LEC; o, (iii) el propio tercero, vía 13 LEC). Por ahora, parece que en un caso como el planteado, la única vía que le quedaría a B para que C y D fueran conocedores del procedimiento que les puede afectar sería notificarles la pendencia del mismo extrajudicialmente o proponerlos como testigos en el eventual juicio que se celebre.

Es algo que se plantea con alguna frecuencia, no una mera ocurrencia académica.

Nueva regulación del sistema español de compensación equitativa por copia privada

Blanca Cortés
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

Publicado el 4 de julio de 2017, el Real Decreto Ley 12/2017 sienta las bases del nuevo sistema de compensación equitativa por copia privada, el cual modifica el contenido del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

La copia privada es un límite al derecho de reproducción que ostentan los titulares de los derechos de propiedad intelectual de obras y prestaciones protegidas. Este límite permite que determinadas obras divulgadas a las que se haya tenido acceso legal puedan ser reproducidas, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales. Para compensar el daño económico que puede suponer la realización de estas copias, la legislación de propiedad intelectual obliga al pago de la llamada compensación equitativa por copia privada.

El Consejo de Ministros ha aprobado un Real Decreto Ley 12/2017 por el que se reforma el sistema de compensación equitativa por copia privada para adaptarlo a la jurisprudencia europea, lo que constituye un episodio más en el zigzagueante camino recorrido por esta compensación. Al respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invalidado en varias ocasiones el sistema de compensación existente. A raíz de ello, en diciembre de 2011 el Gobierno aprobaba un sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Este sistema fue de nuevo cuestionado por el alto Tribunal

europeo, que señaló que, si bien nada se oponía a la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, la legislación española no recogía un mecanismo que permitiera a las personas jurídicas solicitar la exención del pago o su reembolso.

El nuevo Real Decreto Ley establece un sistema según el cual el pago de la copia privada recae en los fabricantes en España, de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para la reproducción en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como en los adquirentes de esos productos fuera del territorio español, para su distribución comercial dentro de este. Son asimismo responsables solidarios del pago los distribuidores, mayoristas y minoristas que sean sucesivos adquirentes, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación.

En la línea de lo establecido por el Tribunal de Justicia, se exceptúa del pago a las personas físicas y jurídicas que justifiquen el destino profesional de los equipos y soportes adquiridos, así como a las entidades integrantes del sector público. Así, aquellas entidades que quieran acreditar que las copias a realizar no tendrán carácter privado sino profesional tendrán dos vías de evitar la compensación: (i) presentar una certificación emitida por una persona jurídica a constituir por las entidades de gestión –excepción hecha de las entidades integrantes del sector público que emitirán sus propias certificaciones–; (ii) solicitar el reembolso de la compensación a la citada persona jurídica si se hubiera procedido al pago. En el momento de la entrada en vigor del Real Decreto Ley no se encuentra constituida la persona jurídica que deberá emitir las citadas certificaciones, para lo que la Disposición adicional Única



Lo expuesto, más allá de constituir un escenario más acorde con la realidad, constituirá una ventaja a la hora de minimizar la gestión y burocracia de la persona jurídica a constituir por las entidades de gestión.

otorga un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma, cumpliéndose tal plazo el 31 de octubre de 2017. Lo expuesto supone que hasta su constitución, los consumidores finales que cumplan los requisitos para estar exceptuados del abono de la compensación no podrán obtener la certificación que lo acredite.

Por lo demás, para gestionar la facturación de la compensación equitativa por copia privada, el Real Decreto Ley fija una implantación escalonada iniciada el pasado 1 de agosto que se aplicará de manera provisional al listado de equipos, soportes y materiales de reproducción establecidos en la –confusa– Disposición Transitoria Segunda. Transcurrido un año, se regularán mediante Real Decreto, tanto la relación de equipos definitiva como las cuantías, para adaptarlas a la realidad de la copia privada y a las novedades tecnológicas del mercado. Este desarrollo reglamentario debería ser la oportunidad para aclarar y dotar de contenido a cuestiones en las que el actual Real Decreto Ley resulta francamente confuso.

Así, entre otras, la actual Disposición Transitoria Segunda no incluye límites que garanticen que ciertos equipos estén manifiestamente reservados para usos profesionales, lo que ocurre en los equipos multinacionales sujetos a pago que, por su naturaleza y multiplicidad de funciones, tienden a ser utilizados de forma profesional. Lo expuesto, más allá de constituir un escenario más acorde con la realidad, constituirá una ventaja a la hora de minimizar la gestión y burocracia de la persona jurídica a constituir por las entidades de gestión.

Asimismo, deberán ser objeto de desarrollo otros temas como la fecha en la que el consumidor final deberá entregar la certificación al deudor o el escenario generado por con-

tratos suscritos antes de la entrada en vigor del sistema en los que la transmisión o cesión del uso se produzca con posterioridad, lo que puede conducir a una aplicación retroactiva e injusta para los consumidores finales que hubieren firmado los contratos sin tomar en consideración el canon.

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en el procedimiento sancionador

Antonio Montero
Departamento de Tributario

A comienzos del pasado mes de julio vieron la luz los textos de cuatro proyectos de Real Decreto a través de los cuales el Ministerio de Hacienda y Función Pública puso en marcha, formalmente, el procedimiento para la tramitación del desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la Ley General Tributaria, esencialmente derivados de los cambios operados en dicha norma a través, por un lado, 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 por otro, de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Los proyectos de Real Decreto mencionados afectan a los cuatro reglamentos de desarrollo de la Ley General Tributaria actualmente vigentes (sancionador, recaudación, revisión y aplicación de los tributos) y, además, a la regulación del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

La finalidad de este post, primero de una serie de cuatro, es, simplemente, aflorar los cambios que en cada uno de

esos reglamentos se han proyectado, en una primera aproximación identificativa de los mismos, sin perjuicio de que, una vez que dichos Reales Decretos vean la luz en el Boletín Oficial de Estado, ya materializada su aprobación, se realice un examen, complementario de éste, de los textos que habrán de entrar en vigor, habida cuenta de que el trámite de información pública abierto al que estamos haciendo referencia es sólo el primero de los trámites establecidos por la ley para la elaboración de normas de este rango.

De cara a la sucesión de post, usaremos el orden cronológico de aprobación de las normas reglamentarias que pretenden modificarse, iniciando la serie por lo tanto con las que afectan al Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, aprobado por el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre.

Destacamos como más sustantivas las siguientes modificaciones en proyecto:

1. La primera modificación que se introduce en la norma es la obligación, en el caso de declaración de una responsabilidad tributaria que incorpore la traslación de la sanción, de que el responsable indique si presta o no su conformidad a dicha sanción, de forma expresa en todo caso, no pudiendo presumirse dicha conformidad. Es importante por la repercusión que la conformidad tiene desde el punto de vista de la minoración de la sanción.
2. El proyecto de Real Decreto aborda la modificación de varios preceptos en una misma línea: modificar la regla de cálculo de la sanción aplicable en determinadas infracciones cuando en el incumplimiento tiene



El trámite de información pública abierto al que estamos haciendo referencia es sólo el primero de los trámites establecidos por la ley para la elaboración de normas de este rango.

incidencia, además, la infracción derivada del régimen sancionador establecido en el caso de ganancias patrimoniales no justificadas y de presunción de obtención de rentas derivadas del incumplimiento de la obligación de información sobre bienes y derechos en el extranjero.

Al tener régimen sancionador propio el incumplimiento de la obligación señalada más arriba, es preciso segregar de la sanción general la parte que correspondería a esta infracción específica.

Y en ese sentido se modifican los artículos reglamentarios que afectan a la determinación de la base de sanción, a la incidencia del elemento ocultación, a la incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros y a la incidencia de la utilización de facturas, justificantes o documentos falsos o falseados.

3. Se suaviza a través de la modificación reglamentaria el rigor de la responsabilidad por infracción referida a la presentación telemática de autoliquidaciones o declaraciones, cuando ésta se produzca tardíamente pero sin requerimiento previo de la Administración.
4. El reglamento incorpora el desarrollo de la infracción referida a la llevanza de los libros registros a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de forma que se define el concepto de retraso, se ciñe la sanción por los retrasos incurridos a determinados libros, conformándose la base de la sanción y los mínimos y máximos trimestrales, creándose una regla especial en los casos del IVA exigible por el criterio de caja, fijándose, además, los supuestos de aplicación de la sanción fija.

5. Como consecuencia de la modificación que se operó a nivel de Ley en los plazos del procedimiento inspector, se producen una serie de adaptaciones puramente técnicas en relación con la tramitación de los procedimientos sancionadores en los supuestos de renuncia a la tramitación separada de éste último.
6. Se incluyen una serie de modificaciones derivadas de la incorporación en la Ley General Tributaria de la regulación de las liquidaciones en supuestos de delito contra la Hacienda Pública, recordándose en sede reglamentaria las consecuencias que desde el punto de vista de la sancionabilidad en sede administrativa, se derivan de la existencia de una liquidación en supuesto de delito, haciéndose referencia no sólo al tipo del artículo 305 del Código Penal, sino también al tipo de su artículo 305.bis.

En esa misma línea, se modifica la regulación reglamentaria en relación con el artículo 310 del Código Penal.

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de revisión

Antonio Montero
Departamento de Tributario

En este segundo post de la serie de cuatro que estamos dedicando a los proyectos de Real Decreto que van a modificar los desarrollos reglamentarios de la Ley General Tributaria nos centraremos en el que afectará al Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

Las modificaciones que se plantean en el texto proyectado son las siguientes:

1. Como consecuencia de la previsión introducida en la Ley General Tributaria, según la cual los procedimientos de revisión en tramitación en el momento en el que se inicie la de un procedimiento amistoso deberán quedar en suspenso, se introduce una norma de organización interna al efecto de que por parte del órgano de la Administración que esté tramitando el citado procedimiento amistoso lo comunique al órgano de revisión indicando los recursos administrativos o judiciales que hubiesen sido identificados en la solicitud de inicio del reiterado procedimiento amistoso.

De igual forma, deberá comunicar la terminación de dicho procedimiento, con el fin de alzarse la suspensión del de revisión y proceder a su resolución.

2. En el ámbito del recurso de reposición, las modificaciones que se pretenden introducir son varias:

- Se excluye de la suspensión automática la sanción cuando ésta sea exigida en el marco del artículo 42.2 de la Ley General Tributaria (supuestos de responsabilidad vinculados a actuaciones que impiden o dificultan el desarrollo del procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal/sujeto pasivo).
 - En materia de garantías, se replica lo ya dicho en la ley en relación con las obligaciones tributarias conexas y la extensión de la prestada para suspender la liquidación en relación con la eventual solicitud de reintegro de la devolución practicada. Esta misma modificación se introduce, también, en el marco de las reclamaciones económico-administrativas.
 - Se adecúa la redacción reglamentaria a lo dicho en la ley en lo atinente al importe que debe ser garantizado en cuanto a los recargos, modificación que también se produce en relación con las reclamaciones económico-administrativas.
3. Desde el punto de vista de la organización de los Tribunales Económico-administrativos, se flexibiliza su ámbito competencial territorial.
 4. Sin duda una las modificaciones proyectadas más importantes es la referente a las reglas que van a determinar la cuantía de la reclamación, creándose un precepto mucho más casuístico, que gravitará sobre el tipo específico de acto tributario que es objeto de impugnación (diligencias de embargo, devoluciones, declaraciones de responsabilidad, liquidaciones sancionadoras, liquidaciones afectadas por bases impo-



De indudable trascendencia es el ajuste reglamentario que guarda relación con las notificaciones en el marco del procedimiento económico-administrativo, para incorporar en sede reglamentaria lo relativo a las notificaciones electrónicas, especialmente cuando éstas tienen el carácter de obligatorias.

nibles negativas, etc.), lo que permitirá una mayor concreción de dicha cuantía, con lo que ello conlleva desde varios puntos de vista (procedimiento aplicable, instancias de revisión, etc.).

5. De indudable trascendencia es el ajuste reglamentario que guarda relación con las notificaciones en el marco del procedimiento económico-administrativo, para incorporar en sede reglamentaria lo relativo a las notificaciones electrónicas, especialmente cuando éstas tienen el carácter de obligatorias.

En esa línea, resultan de singular importancia las reglas que prelación cuando pueda optarse entre notificaciones electrónicas y no electrónicas, a efectos de que no existan dudas sobre el medio que deberá utilizarse y que surtirá plenos efectos jurídicos.

Como consecuencia de estas modificaciones, inspiradas en los cambios de la Ley, se suprimiría la notificación en la Secretaría del Tribunal.

6. Aspecto novedoso a nivel reglamentario es la nueva regulación que pretende introducirse en relación con las costas procesales, siendo los hitos más relevantes los siguientes:
 - Se incorpora la definición de temeridad (carencia manifiesta de fundamento), cuya existencia, al igual que en relación con la de mala fe, deberá ser objeto de motivación por parte del Tribunal.
 - Se introduce una regla de cuantificación de las costas, que se podrá actualizar mediante Orden Ministerial.

- Se priva a las costas de la condición de deuda tributaria, aunque, obviamente, serán tratadas como crédito de derecho público no tributario, con las consecuencias que de ello se deriva en cuanto a su recaudación y en cuanto a su posibilidad de impugnación en sede administrativa, que queda limitada a la revisión que pueda realizarse de las mismas en el seno del recurso de alzada ordinario que pueda plantearse contra la resolución de la reclamación.

7. Se desarrolla lo dispuesto en la Ley General Tributaria en relación con la presentación de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incorporándose al reglamento normas de procedimiento para dicho planteamiento.
8. En materia de suspensión de la ejecución de resoluciones, cuando ésta sea instada por la Administración conforme a lo establecido en la Ley General Tributaria, se establece la obligación de que la Administración motive la necesidad de que dicha suspensión se produzca.
9. Se introducen determinadas modificaciones técnicas en relación con la supresión de la exclusividad de los órganos unipersonales para tramitar el procedimiento abreviado (en relación con este procedimiento también se suprimen las referencias a la vista oral y al trámite probatorio).
10. Se recoge a nivel reglamentario la norma sobre ejecución en el caso de resoluciones que afecten a obligaciones tributarias conexas.

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de recaudación

Antonio Montero
Departamento de Tributario

La tercera entrega de la serie de post relacionados con las modificaciones reglamentarias proyectadas que afectan a la Ley General Tributaria se la dedicamos al Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Es preciso destacar, como más abajo se señalará, que el grueso de la modificación que se pretende operar en este Reglamento está relacionada con los procedimientos de enajenación de bienes en el seno del procedimiento de apremio, actualizándose la normativa vigente, entre otros aspectos para adecuarla a la tramitación electrónica de dichos procedimientos.

Las modificaciones más relevantes propuestas son, a nuestro juicio, las siguientes:

1. Se introduce una atribución de competencia a los órganos de recaudación de la AEAT en relación con la declaración de determinadas responsabilidades para materializar el cobro de determinadas deudas de derecho público, más allá de las actuaciones dirigidas contra el deudor principal.

2. En relación con el procedimiento de ingreso a través de entidades colaboradoras, se introducen novedades en relación con los justificantes de ingreso a emitir por las mismas y con la validación de documentos por aquellas.

En ese mismo ámbito, se proyecta que sea una Orden Ministerial la que establezca el plazo de ingreso por parte de

las entidades colaboradoras en la cuenta del Tesoro Público.

3. La regulación del pago en especie también se ve afectada, de forma que se acomodan las causas de inadmisión de solicitudes de pago de esta naturaleza a las que se aplican en las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento.

Se establecen limitaciones a la posibilidad de subsanación de la solicitud, incorporándose finalmente una norma de coordinación con el Ministerio de Cultura o con el órgano que corresponda en función de la tipología del bien, mediante la remisión con carácter informativo de la resolución adoptada.

4. Se produce una adaptación literal de la norma reglamentaria a lo dispuesto en la Ley en cuanto a las causas de inadmisión de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento; en este mismo ámbito se establecen determinadas reglas para identificar la condición jurídica de la deuda en relación con los procedimientos concursales así como para regular la prioridad en el tratamiento de solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento respecto de las de suspensión en un procedimiento revisor.

También en este ámbito se introduce una aclaración técnica para fijar el importe que deberá ser objeto de garantía cuando la deuda se encuentre en periodo ejecutivo, reflejando la redacción la posibilidad de existencia de distintos recargos susceptibles de devengo en dicho periodo.

5. En el ámbito de la compensación, se recoge la que de oficio debe producirse, ex lege, en los casos de obligaciones tributarias conexas.



Se pretende introducir un nuevo artículo en el reglamento en el que, esencialmente, se contienen las normas de procedimiento para la declaración de responsabilidad en el supuesto regulado en el artículo 258 de la Ley.

6. En materia de embargos, es trascendental la modificación proyectada consistente en admitir la enajenación de bienes aun cuando la liquidación no sea firme si se trata de una garantía, manteniéndose la imposibilidad en el caso de bienes embargados.

Por otra parte, se ajusta a la Ley lo dispuesto en materia de competencia territorial en cuanto al embargo de efectivo en cuentas bancarias, ampliándose en la misma línea lo relativo al embargo de valores (embargo de todos los depositados a nivel nacional en la entidad a la que se dirija la orden de embargo).

Siguiendo la pauta de la norma en los embargos de valores, se admite la posibilidad de acordar con los destinatarios de las diligencias de embargo de créditos lo relativo a la forma, medio, lugar y demás circunstancias relativas a la presentación de aquellas, posibilidad que también se reconoce en relación con los embargos de sueldos, salarios y pensiones.

En relación con el embargo de valores, es preciso recordar la posibilidad de que la Administración prohíba disponer de bienes inmuebles pertenecientes a las entidades cuyo capital está representado por dichos valores (acciones o participaciones); pues bien, en este supuesto se modifica la norma reglamentaria para regular la solicitud de anotación de dicha prohibición en el Registro de la Propiedad, previo mandamiento de anotación.

7. Como se anticipó más arriba, en la propuesta se contienen una serie de extensas modificaciones que tienen por objetivo modernizar el procedimiento de enajenación de bienes en el marco del procedimiento de apremio.

Los cambios más relevantes son:

- Se eliminan cargas administrativas en relación con la obtención de los títulos de propiedad por parte de la Administración.

- Se incorpora como procedimiento general de enajenación la subasta a través de medios electrónicos y en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el BOE.
- Se modifican las normas en relación con los plazos de presentación de ofertas, el plazo para la realización de la subasta o la forma de realizar el anuncio de ésta última.
- Se modifican las reglas relativas a la constitución de depósitos por los licitadores, eliminándose las ofertas en sobre cerrado, así como las relativas a la constitución de depósito por los licitadores.
- Se altera la composición y funcionamiento de la Mesa de subasta y se modifica el desarrollo de la misma (apertura, pujas electrónicas, admisión de pujas, plazos, cierre de la subasta, así como la posterior adjudicación y trámites subsiguientes).

Sin abandonar los procedimientos de enajenación, también se modifica, aunque con menor intensidad, la regulación de la enajenación por concurso y mediante adjudicación directa, así como varios aspectos de la formalización de la adjudicación.

8. Las tercerías, como fórmula de defensa del mejor derecho o del dominio por parte de un tercero, se ve modificada para enfatizar la necesidad de probar su derecho el tercerista, ampliándose el plazo de resolución de la misma.

9. Finalmente merece ser destacado que se pretende introducir un nuevo artículo en el reglamento en el que, esencialmente, se contienen las normas de procedimiento para la declaración de responsabilidad en el supuesto regulado en el artículo 258 de la Ley (supuestos de liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública).

Próximas modificaciones en los procedimientos tributarios. Cambios en los procedimientos de aplicación de los tributos

Antonio Montero
Departamento de Tributario

Cuarta y última entrega de la serie de comentarios que estamos dedicando a las futuras reformas de los reglamentos de desarrollo de la Ley General Tributaria, centrada en este caso en las que afectan al Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributarias y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 13 de noviembre.

Centraremos el comentario en los principales cambios propuestos que, habida cuenta de la extensión de la reforma, son los siguientes:

1. En el ámbito que podemos denominar "censal", se pretende introducir una serie de modificaciones que afectan a la utilización del Documento Único Electrónico en el ámbito tributario, para facilitar la tramitación de determinadas operaciones de modificación y baja censales.

En el ámbito del NIF se pretende flexibilizar la normativa en cuanto a la asignación del definitivo; también en relación con el NIF, se modifican determinadas obligaciones de su comunicación a terceros, así como la regulación de su revocación y rehabilitación.

2. Respecto de las obligaciones de información, esencialmente se ve afectada la regulación reglamentaria para adaptarse al nuevo procedimiento de aportación o llevanza de los libros registros por medios telemáticos, que determinara además la supresión de determinadas obligaciones de información cuando sea de aplicación aquella.

Lo más novedoso probablemente sea la proyectada creación de una nueva obligación de información referida al arrendamiento de viviendas con fines turísticos, obligación en la que, como es habitual, se establece quién está obligado a informar, qué tipo de supuesto se verá afectado por esa obligación y el contenido de la información que se habrá de suministrar.

3. Desde el punto de vista de la asistencia e información al obligado tributario, se incorporan normas relativas a la conformación de las denominadas disposiciones interpretativas o aclaratorias; en lo concerniente a las consultas tributarias, el cambio más relevante radicaría en la adaptación de la norma reglamentaria a la Directiva UE 2015/2376, en aras a identificar aquellas consultas que vayan a tener efecto transfronterizo.

Es importante resaltar, además, que las consultas deberán ser presentadas por vía telemática de forma obligatoria por aquellos interesados que estén obligados a recibir notificaciones electrónicas obligatorias por parte de la Administración.

4. Resulta también relevante la adaptación reglamentaria que se produce en cuanto a los plazos en el ámbito del procedimiento inspector (artículo 150 de la Ley),



Finalmente, se pretende incorporar determinadas precisiones relativas a los procedimientos de recuperación de ayudas de Estado que fueron incorporados en la Ley a través de su nuevo Título VII.

con inclusión de los periodos de suspensión y extensión, incorporándose, además, una adaptación a la nueva regulación de los periodos de interrupción justificada para el caso de los supuestos de delito contra la Hacienda Pública.

5. También son objeto de reforma los preceptos atinentes a las notificaciones en el marco de los procedimientos de aplicación de los tributos, produciéndose la simplificación de los preceptos que las regulan que implica, sustantivamente, una adaptación a la Ley 39/2015, en lo referente a las de carácter electrónico.
6. En relación con el procedimiento inspector, se establecen algunos cambios, quizás menores, relativos al medio de aportación de documentación requerida, para flexibilizarlo, al contenido de las actas de inspección y a la formalización de las mismas mediante firma electrónica.

De igual forma, se regula el procedimiento para solicitar el obligado tributario la suspensión del procedimiento a que se refiere el artículo 150 de la Ley.

En relación con la tipología de las liquidaciones tributarias, se incluyen determinadas modificaciones en relación con la calificación de las de carácter provisional, siendo de destacar la mención expresa en tal sentido de las que derivan de lo dispuesto en el Título VI de la Ley, es decir, de las liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública.

También es objeto de reforma el reglamento en lo concerniente a la estimación indirecta de bases o

cuotas así como en materia de conflicto en la aplicación de la norma (en relación, en este último tema, con la forma de hacer públicos los informes de la Comisión Consultiva regulada en la Ley, a efectos sancionadores).

Por último, destacamos en el marco del procedimiento inspector, las modificaciones que se van a introducir en relación con la tramitación de procedimientos en el caso de Grupos de entidades.

7. Mención expresa y obligada hemos de hacer a los nuevos preceptos que se incorporarán al reglamento en relación con el procedimiento inspector en supuestos de delito contra la Hacienda Pública, siendo de destacar en éste punto lo referente a las reglas de cálculo y tramitación de la liquidación en los casos de concurrencia de cuota vinculada y no vinculada a delito.
8. Finalmente, se pretende incorporar determinadas precisiones relativas a los procedimientos de recuperación de ayudas de Estado que fueron incorporados en la Ley a través de su nuevo Título VII.
9. Concluimos el comentario haciendo referencia a la modificación que se pretende introducir en la norma que regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente, el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, que afecta a la vigencia de los nombramientos de representantes en su composición y en la Presidencia y a los supuestos de inadmisión de quejas o sugerencias.



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)

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)



Your free online legal information service.

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



Your expert legal publications online.

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

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

CMS locations:

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

cms.law