CMS
Law.Tax

Referencias Jurídicas

Enero 2020

Referencias Jurídicas

Enero 2020

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Los administradores de una sociedad incursa en causa de disolución no responden de deudas sociales anteriores a su nombramiento 2
Irene Miró

Los administradores no están facultados para fijar en la convocatoria el domicilio de celebración de la junta 4
Diego Muro

Solo Correos puede notificar válidamente la convocatoria de junta por correo con acuse de recibo 6
José Roberto Funes

Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Supremo admite la sustitución de sanción sin audiencia del expedientado 8
María Torres

Tributario

Modificación del Convenio con los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición 10
Diego de Miguel y Rafael Ortiz de Zuriarrain

TMC

Canales internos y externos para denunciar infracciones del Derecho de la UE 12
Miguel Recio

Los administradores de una sociedad incursa en causa de disolución no responden de deudas sociales anteriores a su nombramiento

Irene Miró
Corporate / M&A

Los administradores responden de las deudas contraídas por la sociedad tras la aparición de una causa de disolución si no promueven la ordenada disolución y liquidación. Sin embargo, esta obligación se refiere a las deudas surgidas durante su cargo, de manera que no les son imputables las deudas originadas antes de su nombramiento como administradores, aunque al acceder al cargo la sociedad ya estuviera en causa de disolución.

En su sentencia de 8 de noviembre de 2019, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto por el administrador de una sociedad incursa en causa de disolución que fue condenado a pagar la deuda que mantenía dicha sociedad frente a otra mercantil.

La sociedad deudora se encontraba incursa en causa de disolución desde el final del ejercicio 2012 y, entre noviembre de 2013 y marzo de 2014, asumió deudas frente a otra mercantil. Posteriormente, en mayo de 2014 el demandado fue nombrado administrador de la sociedad deudora, cargo en el que cesó en septiembre de 2014.

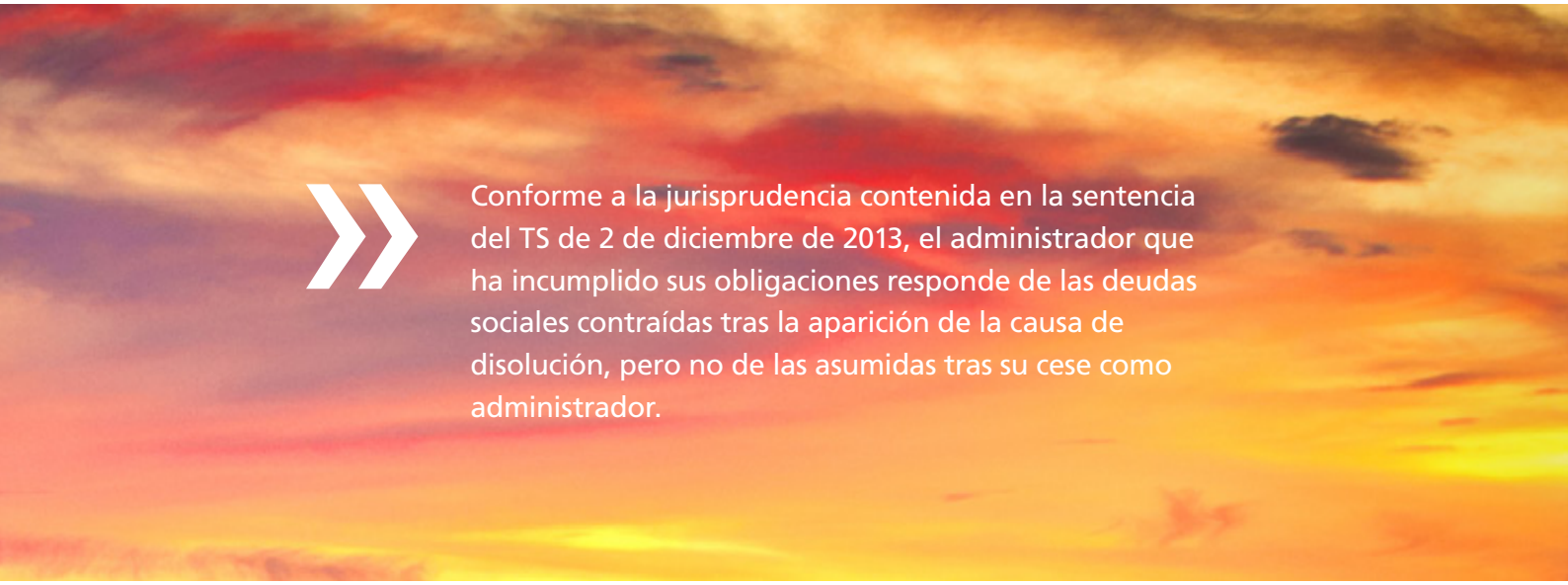
En relación con lo anterior, conviene recordar que la LSC establece que, en caso de que una sociedad se encuentre incursa en alguna de las causas de disolución previstas en esta norma, los administradores deberán, en un plazo máximo de dos meses, convocar la Junta General para que acuerde disolver la sociedad o adoptar las medidas necesarias para la remoción de la causa de disolución. Si la Junta General no adoptase ninguno de los mencionados acuerdos o no se celebrase, los administradores deberán solicitar la disolución judicial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que tuvo lugar la Junta General o en la que estaba prevista su celebración. Finalmente, de acuerdo con el artículo 367 LSC, serán solidariamente responsables de las deudas sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar la Junta General o de solicitar la disolución judicial en los plazos legalmente previstos.

En el caso objeto de análisis, la AP de Zaragoza condenó al administrador demandado a abonar a la sociedad acreedora la deuda pendiente de pago, considerando que había quedado acreditado que el nacimiento de esta deuda era posterior a la aparición de la causa de disolución y argumentando que el artículo 367 LSC no exige que el nombramiento sea efectivo antes del nacimiento de la deuda.

Sin embargo, según el TS, el fundamento de la responsabilidad establecida en el artículo 367 LSC se encuentra en el riesgo que los administradores que incumplen con las obligaciones previstas en la LSC crean para los acreedores de la sociedad, que contratan con ésta sin contar con la garantía patrimonial suficiente.

La reflexión anterior lleva al TS a dos conclusiones con trascendencia práctica.

En primer lugar, en caso de que se produzca un cambio de administradores en una sociedad en causa de disolución, los administradores entrantes contarán con un nuevo plazo de dos meses para convocar la Junta General con el fin de que ésta acuerde la disolución de la sociedad. Y, si la



Conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2013, el administrador que ha incumplido sus obligaciones responde de las deudas sociales contraídas tras la aparición de la causa de disolución, pero no de las asumidas tras su cese como administrador.

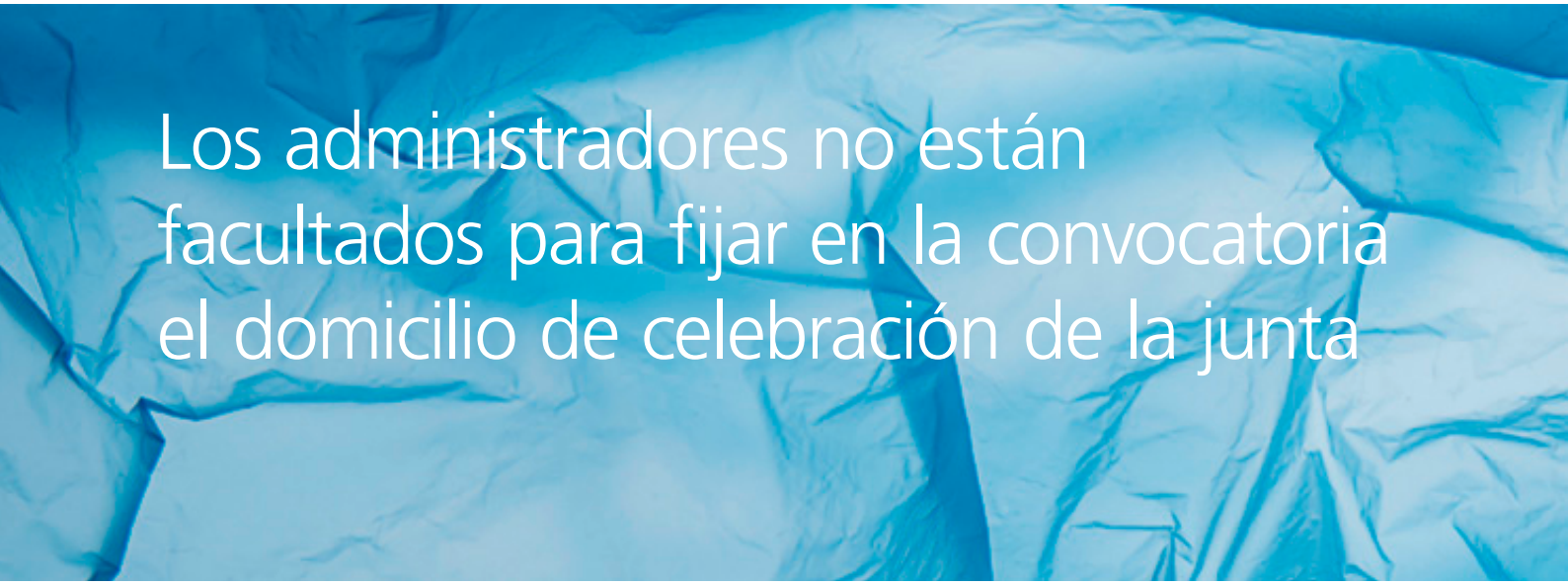
Junta no acuerda la disolución de la sociedad o no llega a celebrarse, los nuevos administradores deberán solicitar la disolución judicial según lo dispuesto en la LSC.

Asimismo, el TS establece que, en caso de que los administradores entrantes incumplan las referidas obligaciones, serán solidariamente responsables de las deudas sociales surgidas con posterioridad al momento en que asumieron su cargo. Así pues, la responsabilidad de los nuevos administradores alcanzaría a las deudas sociales surgidas mientras ellos eran administradores y estando la sociedad incursa en causa de disolución, pero no a las anteriores a su nombramiento.

Además de lo anterior, la sentencia del TS reitera dos ideas importantes en relación con la responsabilidad por deudas sociales en la que incurren los administradores de una sociedad en causa de disolución cuando incumplen su obligación de convocar la Junta General o de solicitar la disolución de la sociedad, a saber:

Conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia del TS de 2 de diciembre de 2013, el administrador que ha incumplido sus obligaciones responde de las deudas sociales contraídas tras la aparición de la causa de disolución, pero no de las asumidas tras su cese como administrador.

Finalmente, el TS recuerda que los requisitos necesarios para que se aprecie la responsabilidad establecida en el artículo 367 LSC son (i) que la sociedad se encuentre en causa de disolución, (ii) que el administrador incumpla con las obligaciones legales previstas para este supuesto y (iii) que la deuda por la que deba responder sea posterior a la aparición de la causa de disolución. No es necesario, por tanto, que exista un nexo causal entre el impago de la deuda y el incumplimiento de sus obligaciones por parte del administrador.



Los administradores no están facultados para fijar en la convocatoria el domicilio de celebración de la junta

Diego Muro
Corporate / M&A

En su resolución del pasado 30 de octubre de 2019 la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó un recurso a la denegación de la inscripción de una cláusula de los estatutos que facultaba al Consejo de Administración para convocar la Junta de Accionistas en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma en la que se encontraba el domicilio de la Sociedad.

La DGRN se niega, incluso en un caso tan llamativo como el que se discute en la resolución, a aceptar que se inscriba la siguiente cláusula estatutaria en el Registro Mercantil:

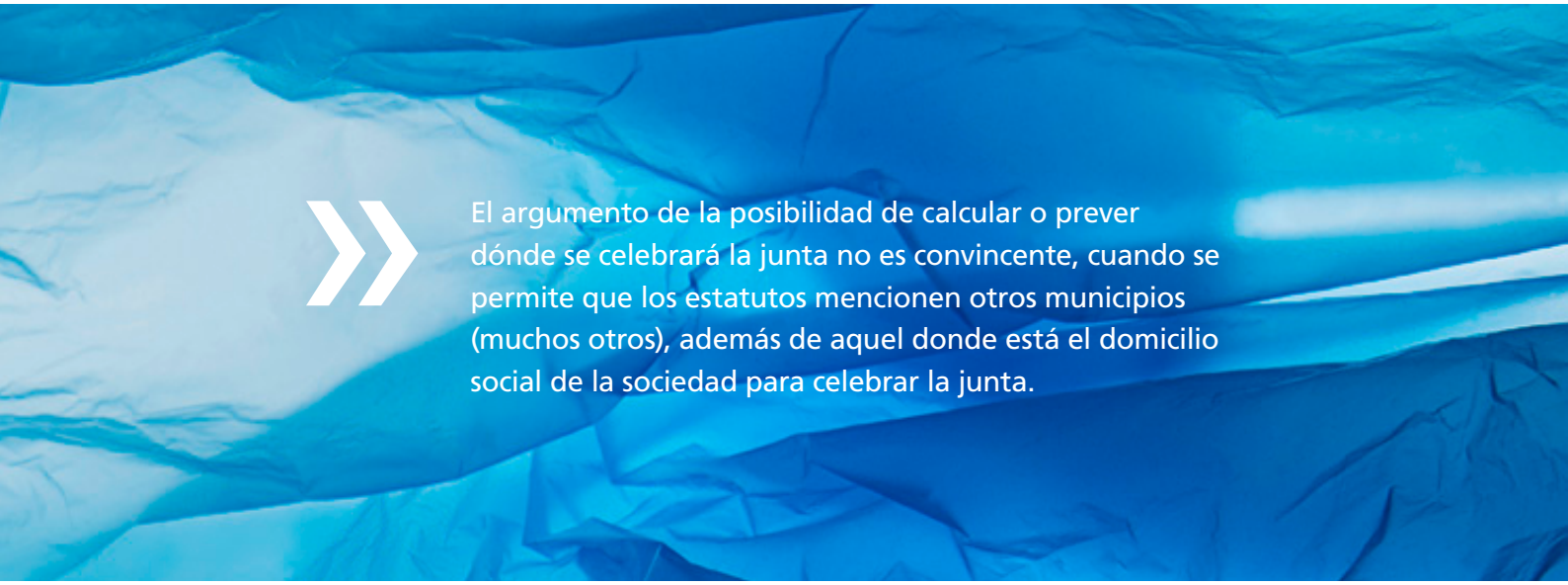
"Las juntas generales se celebrarán en cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad tenga su domicilio y en la fecha señalada en la convocatoria, pero sus sesiones podrán ser prorrogadas durante uno o más días consecutivos."

El Registrador Mercantil de Valencia, decidió no inscribir el citado artículo, por entenderlo contrario al artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") que declara que "*[S] salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio*" (énfasis añadido). Según la interpretación, tanto del Registrador, como de la DGRN solo se pueden establecer en los estatutos otros lugares distintos de aquel en que la sociedad tenga su domicilio social, cuando (i) estos estén perfectamente delimitados, y (ii) la delimitación haga referencia a espacios menores como términos municipales o pueblos, no dejando a los administradores la facultad de decidir libremente el lugar de celebración de sus juntas dentro de un ámbito geográfico mayor como puede ser el de una comunidad autónoma.

El recurrente había argumentado, principalmente, lo siguiente:

1. Desde la reforma del 2015 de la LSC, la limitación territorial al término municipal quedó totalmente superada al permitir al órgano de administración de la sociedad modificar el domicilio social, dentro del ámbito nacional, sin tener que pasar previamente su decisión por la junta, decisión que incide directamente en el lugar de celebración de esta. En este sentido, argumentaba que no tiene sentido permitir al órgano de administración modificar a su libre albedrío el domicilio, y, sin embargo, no dejar, aunque sea la voluntad de todos los socios, ampliar en la convocatoria la delimitación del lugar en el que se puede celebrar la junta.

   Esta interpretación de la normativa (argumentaba el recurrente) podría derivar en el absurdo de que el órgano de administración modificase el domicilio social a cualquier parte del territorio con la única finalidad de permitir la convocatoria de la junta en el domicilio deseado, cada vez que los socios quieran reunirse en un lugar distinto al del término municipal del domicilio social. En resumen, el recurrente, mediante el clásico "*argumentum a maiori ad minus*", o lo que es lo mismo, quien puede lo más, puede lo menos, intentó convencer a la DGRN de que lo aducido por el Regis-



El argumento de la posibilidad de calcular o prever dónde se celebrará la junta no es convincente, cuando se permite que los estatutos mencionen otros municipios (muchos otros), además de aquel donde está el domicilio social de la sociedad para celebrar la junta.

trador cuando denegó la inscripción carecía de "*coherencia argumentativa*".

2. Al principio advertíamos que la resolución en cuestión resultaba especialmente llamativa a la luz de los hechos que concurrían en el caso. El motivo es que la sociedad en cuestión es una cooperativa agrícola, cuyos socios están repartidos por toda la comunidad autónoma, pero solo en la comunidad valenciana, estando incluso participada por la "*Generalitat Valenciana*". Por este motivo argumentaba el recurrente que para los socios que no vivan en el municipio donde se encuentra el domicilio social de la sociedad podría significar un agravio comparativo la celebración de la junta siempre en el indicado lugar. Lo asombroso es que, para aceptar que los socios pudieran reunirse en junta cada vez en uno de los domicilios individuales de los distintos socios, sería necesario que los estatutos nombraran los 542 municipios de la Comunidad Valenciana, posibilidad que la DGRN admite.

La DGRN, en una fundamentación muy breve, se limita a dar la razón al Registrador de Valencia, con el argumento el mencionado al principio, es decir, señalando que es imprescindible que los estatutos posibiliten a los socios un mínimo de previsibilidad para asegurarse que puedan asistir, si lo desean, a las juntas. Sin embargo, el argumento de la posibilidad de calcular o prever dónde se celebrará la junta no es convincente, cuando se permite que los estatutos mencionen otros municipios (muchos otros), además de aquel donde está el domicilio social de la sociedad para celebrar la junta. Teniendo cuenta esto, incluso que fueran solo dos domicilios, hasta la convocatoria de la junta el socio no podría saber en qué municipio tendrá lugar.

Solo Correos puede notificar válidamente la convocatoria de junta por correo con acuse de recibo

José Roberto Funes
Corporate / M&A

La DGRN confirma que los servicios de Correos son los únicos que gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos.

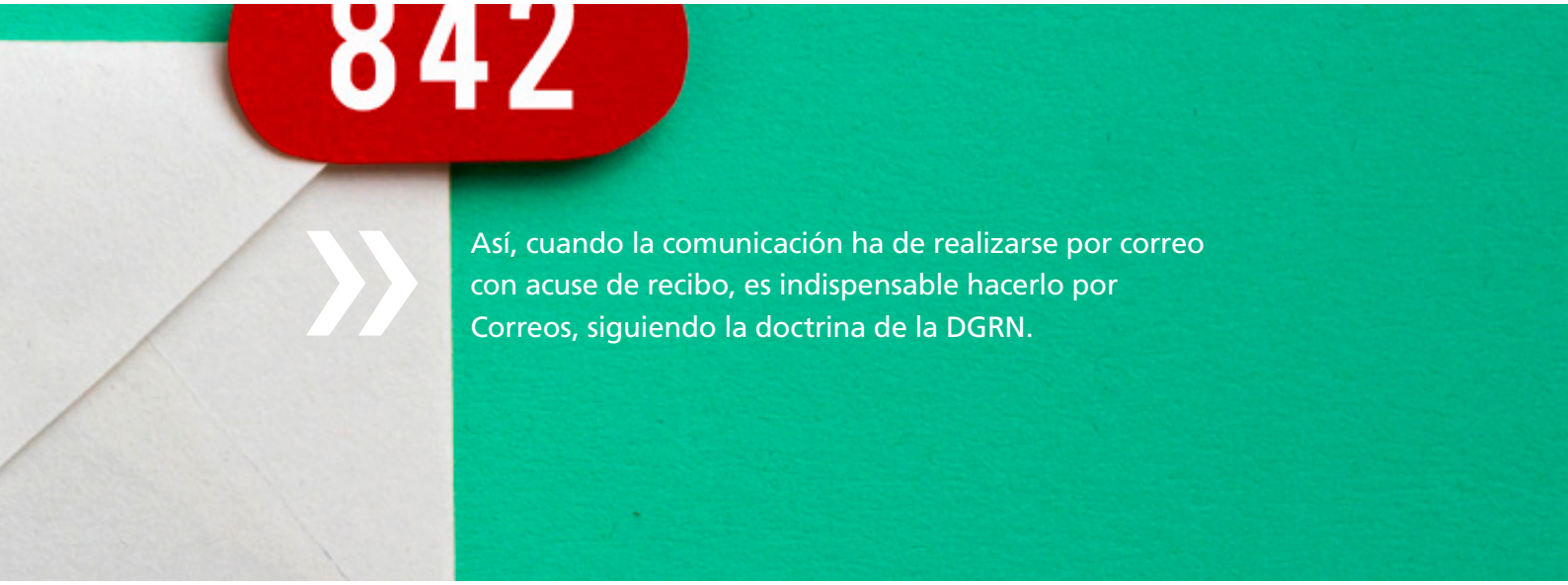
En estos últimos años la Dirección General de los Registros y Notariado se ha caracterizado por su rigidez en cuanto a los medios por los que pueden efectuarse las comunicaciones necesarias en el marco de las relaciones en el seno de una sociedad. Generalmente, esa postura se explica como garantía del derecho del socio minoritario a conocer las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse, de modo que pueda emitir un voto informado en cada caso concreto. No obstante, en su Resolución de 6 de noviembre de 2019, la DGRN ha decidido dar un paso, con una interpretación del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el contenido de los estatutos sociales de una sociedad, que conduce a una especial limitación de los procedimientos de comunicación a disposición de la sociedad.

La DGRN establece, en la resolución antes mencionada, que la convocatoria realizada al socio minoritario relativa a una junta general para aprobar la disolución, nombramiento de liquidador y liquidación de la sociedad no es válida, al haber sido realizada mediante notificación certificada postal y utilizando los servicios de una empresa privada (en concreto, Logalty Servicios de Tercero de Confianza, S.L.).

La interpretación se apoya en dos motivos. En primer lugar, el art. 20 de los estatutos sociales de la sociedad fijaba, como medio de comunicación, la carta certificada con acuse de recibo. En segundo lugar, el art. 22.4 de la Ley 43/2010 del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal dispone que solo "*la actuación de [Correos] gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos (…)*". Por el contrario, "las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común". La DGRN interpreta que no se ha cumplido con los requisitos estatutarios previstos para la convocatoria y, en consecuencia, la convocatoria realizada es invalida.

Hay que coincidir con la DGRN en que la existencia de una previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta obliga al estricto respeto de dicha forma, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema; aunque este goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (RDGRN de 21 de septiembre de 2015 y de 25 de abril de 2016). Esta es la interpretación más protectora del derecho del socio minoritario a ser informado correctamente de la junta general, especialmente en casos como el analizado en la Resolución, en los que el socio no asistió a la junta general.

No obstante, la interpretación de la DGRN tiene un punto débil en el caso, pues omite referirse al sistema tradicionalmente utilizado por la sociedad para convocar a sus socios. Habría sido útil que la DGRN se hubiese detenido a anali-



Así, cuando la comunicación ha de realizarse por correo con acuse de recibo, es indispensable hacerlo por Correos, siguiendo la doctrina de la DGRN.

zar si el administrador siguió el sistema utilizado por la sociedad hasta la fecha, en tanto que cuando el administrador se aparta del método normal de convocatoria sin previo aviso a los socios, puede eventualmente alegarse mala fe o de abuso de derecho de parte del administrador único (STS 20 de septiembre de 2017), al evitar que el socio minoritario conociese de la próxima celebración de la junta general.

Por otro lado, incluso aunque el socio minoritario hubiese acudido a la junta y votado en contra de la disolución y liquidación de la sociedad, su voto habría sido insuficiente para frenar dicha disolución y liquidación. En consecuencia, el rigor de la DGRN tampoco parece, en el caso, tener consecuencias materiales, dado que solo ralentiza una disolución y liquidación inminente.

El rigor interpretativo de la DGRN, que se ciñe al análisis de la norma y de los estatutos sociales, y en particular, que rechaza la veracidad y fehaciencia de los medios telemáticos, limita, sin duda, las opciones de los administradores con relación a medios de comunicación que puedan entenderse materialmente equivalentes pero que sean formalmente distintos del régimen legal o estatutario dispuesto. Esto afecta, por ejemplo, el frecuente uso de la convocatoria por correo electrónico con confirmación de lectura.

Así, cuando la comunicación ha de realizarse por correo con acuse de recibo, es indispensable hacerlo por Correos, siguiendo la doctrina de la DGRN. Menos claro queda el futuro de las convocatorias realizadas por sistemas alternativos que no utilicen los servicios de Correos, si hay previsiones estatuarias que habiliten mecanismos alternativos funcionalmente equivalentes, como notificaciones telemáticas, que permitan la confirmación de su recepción por los socios.

El Tribunal Supremo admite la sustitución de sanción sin audiencia del expedientado

María Torres
Derecho Público y Sectores Regulados

En su reciente Sentencia de 26 de noviembre de 2019, el Tribunal Supremo ha establecido que en un expediente disciplinario en el que la propuesta de resolución prevé una determinada sanción a imponer, el órgano sancionador puede sustituirla por otra diferente, sin que sea necesario un previo trámite de audiencia del expedientado.

La Sentencia trae causa de un expediente disciplinario incoado frente a un notario, en el que la resolución sancionadora, apartándose de la sanción de multa anunciada en la propuesta de resolución y sin que se abriera un nuevo trámite de alegaciones del expedientado, impuso la sanción de suspensión de funciones por infracción de las normas reguladoras de la percepción de los derechos arancelarios.

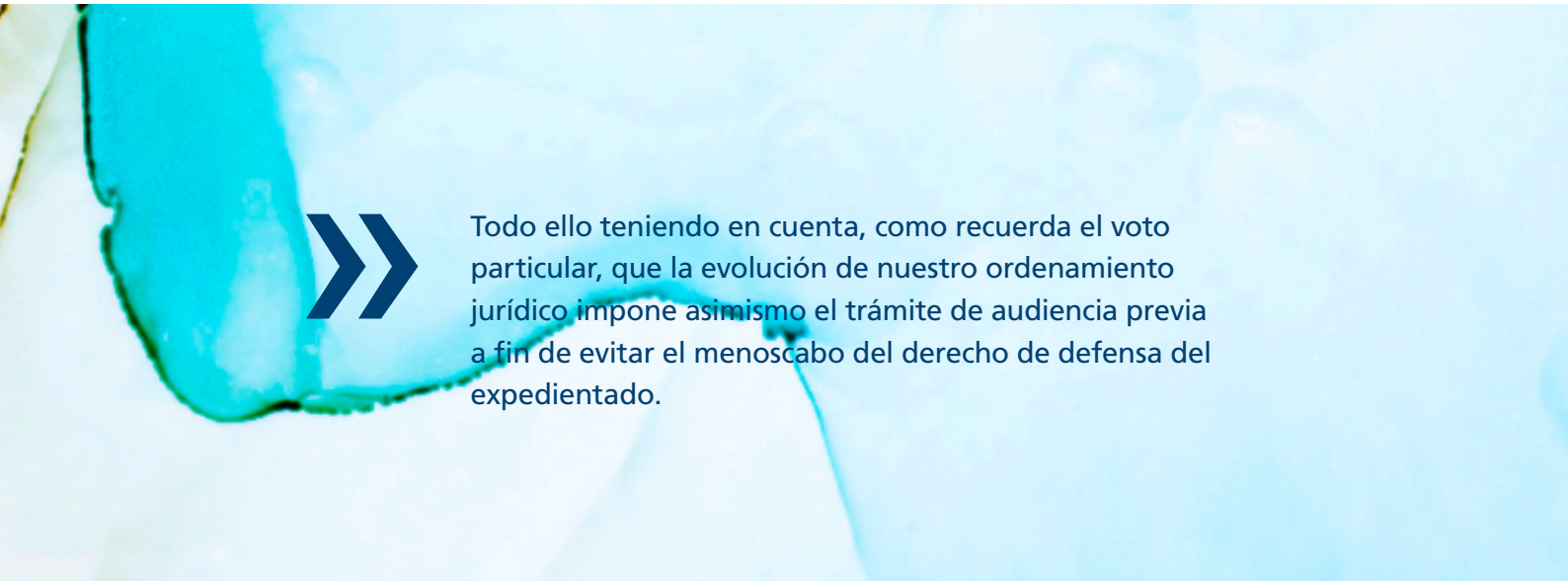
La Dirección General de los Registros y del Notariado consideró que la sanción de multa no era adecuada para combatir una infracción tan grave, optando por la suspensión de funciones durante tres meses para que de ese modo el notario pudiera reflexionar sobre la gravedad de la actuación cometida.

Respecto a la cuestión relativa a si es compatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción distinta a la contemplada en la propuesta de resolución, sin que exista un nuevo trámite de audiencia al expedientado, el Alto Tribunal concluye -apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014- que el trámite de audiencia únicamente debe exigirse cuando la imposición en la resolución sancionadora de una sanción más grave que la indicada en la propuesta de resolución derive de hechos distintos a los fijados en la propuesta o implique una modificación de la calificación jurídica de dichos hechos.

En el caso que nos atañe, la Sala considera que la sustitución de la sanción efectuada por la resolución sancionadora se limitó a determinar la sanción más adecuada en el caso concreto, llevando a cabo de este modo una valoración jurídica individualizada. Esta valoración, a juicio del Tribunal Supremo, debe considerarse lícita, sin que sea necesario un nuevo trámite de alegaciones del expedientado, en la medida en que se sustenta en los hechos imputados, en el tipo infractor en que dichos hechos fueron subsumidos, y además toma en consideración los criterios de graduación previstos en la normativa aplicable.

La Sentencia entiende que no sólo la resolución sancionadora no modificaba los hechos reflejados en la propuesta de resolución ni su calificación jurídica, sino que además la motivación descansaba por completo en la conducta concreta que la propuesta de resolución consideró acreditada.

Por todo ello, la Sala considera que la resolución sancionadora no se extralimitó al concretar la sanción pertinente, desestima el recurso de casación interpuesto, y fija como doctrina que "*En un expediente disciplinario en que la propuesta de resolución anunció que la sanción a imponer era la de multa, sí entra dentro de las potestades del órgano sancionador, sin necesidad de un nuevo trámite de alegaciones o de audiencia del expedientado, distinto del concedido tras la notificación de aquella propuesta, la de sustituir esa sanción por la de suspensión de funciones,*



> Todo ello teniendo en cuenta, como recuerda el voto particular, que la evolución de nuestro ordenamiento jurídico impone asimismo el trámite de audiencia previa a fin de evitar el menoscabo del derecho de defensa del expedientado.

siempre que su ejercicio se sustente en los mismos hechos imputados en la propuesta, en el mismo 'tipo' infractor en que ésta los subsumió, y, además, observe los criterios de graduación establecidos en la norma aplicable y cuya toma en consideración no entre en contradicción ni con esos 'hechos' ni con ese 'tipo'".

No debe olvidarse, sin embargo, que se trata de una cuestión no exenta de polémica, como refleja el voto particular emitido por dos de los magistrados de la Sala, y que viene a considerar, con fundamento esencialmente en la necesidad de proteger el derecho de defensa del expedientado, que la doctrina que debió fijar el Tribunal Supremo debió ser la de considerar que el órgano sancionador carece de potestad para sustituir la sanción anunciada en la propuesta de resolución, sin abrir un nuevo y previo trámite de alegaciones o de audiencia del expedientado, máxime cuando (i) la motivación de la resolución sancionadora no se incluía en la propuesta de resolución; y (ii) la sanción impuesta supuso la privación al expedientado de bienes e intereses jurídicos más valiosos que aquellos que se vieron afectados por la propuesta de resolución.

Todo ello teniendo en cuenta, como recuerda el voto particular, que la evolución de nuestro ordenamiento jurídico impone asimismo el trámite de audiencia previa a fin de evitar el menoscabo del derecho de defensa del expedientado, tal y como establece el artículo 90.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que –pese a no ser aplicable en el supuesto enjuiciado por razones temporales– prevé un trámite de alegaciones del inculpado cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución.

Modificación del Convenio con los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición

Diego de Miguel y Rafael Ortiz de Zuriarrain
Tributario

El pasado 23 de octubre se publicó en el B.O.E. el "Protocolo y su Memorando de entendimiento, hechos en Madrid el 14 de enero de 2013, que modifican el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, y su Protocolo, firmado en Madrid el 22 de febrero de 1990" (el "Protocolo"), cuya entrada en vigor se produjo el 27 de noviembre de 2019.

Dicha entrada en vigor supone una considerable reducción o eliminación de la tributación en la fuente, lo que conllevará una significativa mejora de las relaciones económicas entre ambos países. Conviene recordar que en el ejercicio 2018 los Estados Unidos de América ("Estados Unidos") fue el octavo mayor inversor directo en España, el primero si se considera el titular último de dichas inversiones.

Entre las principales modificaciones que incluye el Protocolo, cabe destacar las siguientes:

— **Dividendos**: se reduce la retención en origen, pasando del 10% en el caso de control del 25% de los derechos de voto (15% en el resto de casos) a: (i) 0% si el beneficiario efectivo ha poseído, directa o indirectamente a través residentes de cualquiera de los estados contratantes, acciones que representen el 80% o más del capital con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos, durante un período de 12 meses que concluya en la fecha en la que se determina el derecho a percibir el dividendo; (ii) 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea directamente al menos el 10% de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos; y (iii) 15% en el resto de casos.

  Asimismo, se incluyen reglas particulares respecto a los fondos de pensiones y SOCIMI.

— **Intereses**: con carácter general, se elimina la tributación en la fuente en los pagos de intereses (anteriormente, se establecía una retención del 10%), con algunas excepciones conforme a la normativa interna de Estados Unidos para intereses contingentes o excedentes.

— **Cánones (*royalties*)**: desaparece la tributación en origen (excepto para los establecimientos permanentes). El texto anterior determinaba que estas rentas podían estar sujetas a una retención del 5%, 8% o 10%.

— **Ganancias de capital**: se establece como regla general que la trasmisión de participaciones en sociedades tribute exclusivamente en el país de residencia de la transmitente. Esta regla no será de aplicación en el supuesto de ganancias derivadas de la transmisión de acciones que, directa o indirectamente, otorguen al propietario de dichas acciones el derecho al disfrute de bienes inmuebles.

Las disposiciones reguladas en el Protocolo surten efectos desde el pasado 27 de noviembre, fecha de entrada en vigor del Protocolo.

— **Establecimiento permanente**: se amplía de seis a doce meses la definición de establecimiento permanente. En este sentido, conviene recordar que, a diferencia de España, Estados Unidos no ha firmado el Convenio Multilateral por lo que no se ha adherido a las novedades incluidas en éste.

— **Imposición complementaria sobre sucursales**: se elimina su aplicación general y se limita su aplicación en relación con rentas inmobiliarias al 5% (anteriormente 10%).

— **Limitación de beneficios del Convenio**: se introduce una cláusula más compleja que viene a exigir nuevos requisitos más detallados para poder beneficiarse del Convenio.

  Asimismo, se limita la aplicación de los beneficios del Protocolo en aquellas operaciones en las que un estado obtenga rentas a través de un establecimiento permanente situado en un tercer estado, si los beneficios de ese establecimiento permanente están sujetos a un tipo efectivo total (resultante de sumar el tipo aplicado en la casa central y el aplicado en jurisdicción del establecimiento permanente) inferior al 60% del tipo general del Impuesto sobre Sociedades aplicable en el estado de la casa central.

— **Intercambio de información y asistencia administrativa**: se actualiza la redacción del artículo, adaptándola a la corriente actual del Modelo de Convenio de la OCDE.

  Recordemos que la aprobación del Protocolo llevaba años bloqueado en el Senado americano por esta cláusula, ya que el senador republicano Rand Paul consideraba que perjudicaba a los intereses de los ciudadanos americanos.

— **Memorando de entendimiento**: se incluye un texto relativo a la aplicación del Protocolo a entidades fiscalmente transparentes y fondos de pensiones, así como la intención de firmar un Convenio entre Puerto Rico y España.

Finalmente, debe destacarse que, las disposiciones reguladas en el Protocolo surten efectos desde el pasado 27 de noviembre, fecha de entrada en vigor del Protocolo.

Canales internos y externos para denunciar infracciones del Derecho de la UE

Miguel Recio
TMC

Publicado en la revista Actualidad Jurídica Aranzadi, número 959.

¿Por qué una Directiva europea sobre canales de denuncia?

La falta de una protección efectiva de denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión Europea (UE) dio lugar a la aprobación y publicación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Según una encuesta especial del Eurobarómetro de 2017 sobre la corrupción, el 81% de los europeos respondió que no informó sobre casos de corrupción que sufrieron o presenciaron. El hecho de una protección dispar en los diferentes Estados miembros, o incluso la falta de protección, ha determinado que sea necesario adoptar esta Directiva.

La obligación de proteger al denunciante, que se articula también a través del establecimiento de canales de denuncia internos y externos, tiene por objeto poner fin a actividades ilícitas y abusos de Derecho que pueden ocasionar graves perjuicios al interés público.

Conceptos muy amplios para lograr una mayor protección de datos

La Directiva (UE) 2019/1937 incluye diversas definiciones, debiendo resaltar, por su relevancia, las relativas a denunciante y a represalia.

El denunciante, es "*una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales*" (artículo 5.7). Esto implica, por una parte, que se pueda denunciar a través de un canal de denuncias, ya sea interno o externo y, por otra parte, que pueda realizar su denuncia mediante una revelación pública, en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

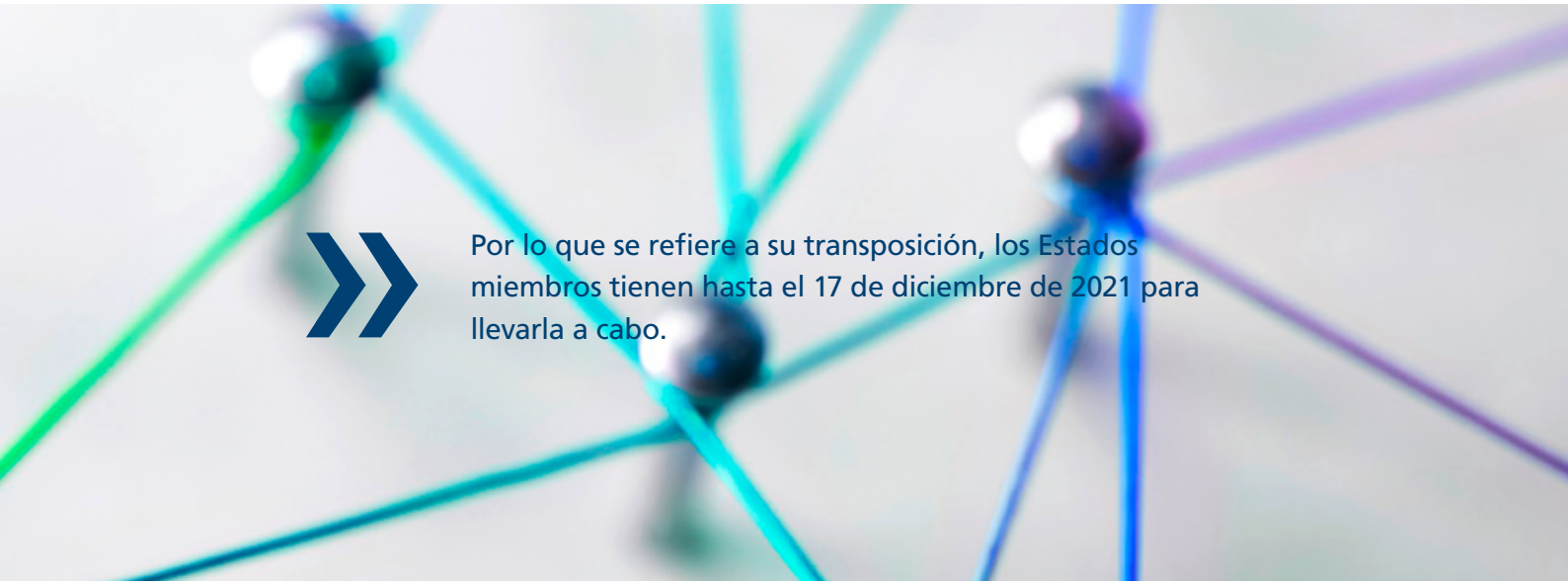
La referencia al contexto laboral es muy amplia e incluye a quienes sin tener dependencia económica "*de sus actividades laborales, pueden, no obstante, sufrir represalias por denunciar infracciones*" (considerando 40), tales como voluntarios, trabajadores en prácticas que perciben o no una compensación económica, profesionales autónomos o contratistas.

Igualmente, el concepto de represalia es un muy amplio. Es "*toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante*" (artículo 5.11). Una represalia podría ser consistir tanto en la finalización anticipada o anulación de un contrato de servicios como en la inclusión en listas negras.

Obligación de establecer y gestionar canales de denuncia

Las denuncias podrán presentarse a través de canales internos o externos, siendo estos últimos las autoridades competentes establecidas en cada Estado miembro.

Por lo que se refiere al canal de denuncias interno, en su establecimiento y gestión de la denuncia deben garanti-



Por lo que se refiere a su transposición, los Estados miembros tienen hasta el 17 de diciembre de 2021 para llevarla a cabo.

zarse la confidencialidad, la protección de datos personales y la independencia. Al respecto, la organización podría decidir externalizar la gestión o, incluso cuando lo haga internamente, encomendarla a la figura del delegado de protección de datos, tal y como menciona el considerando 56.

Además, será necesaria la formación de quienes gestionen el canal de denuncias y de los potenciales denunciantes, de manera que conozcan su funcionamiento y, cuando sea aplicable, sus funciones y responsabilidades.

Sin perjuicio de la obligación de establecer canales de denuncia, debe tenerse en cuenta si es aplicable alguna de las siguientes excepciones:

— Sector privado: quedan exentas las microempresas y pequeñas empresas (menos de 50 trabajadores), salvo, a su vez, cuando:

  - Se trate de empresas que operan en el ámbito de los servicios financieros, que están obligadas a contar con dichos canales;

  - El Estado miembro imponga la obligación, tras una adecuada evaluación del riesgo y teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades de las entidades y el correspondiente nivel de riesgo, en particular, en el caso de empresas que actúen en los ámbitos del medio ambiente y de la salud pública.

— Sector público: si el Estado miembro así lo decide en el caso de:

  - Municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores;

  - Entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de entidades del sector público con menos de 50 trabajadores.

Entrada en vigor y transposición por los Estados miembros

La Directiva (UE) 2019/1937 entró en vigor el pasado 16 de diciembre de 2019, a los 20 días de su publicación en el DOUE.

Por lo que se refiere a su transposición, los Estados miembros tienen hasta el 17 de diciembre de 2021 para llevarla a cabo. No obstante, en cuanto a la obligación de establecer canales de denuncia interna en el caso de las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, el plazo de transposición es hasta el 17 de diciembre de 2023.

CMS en el mundo

The Americas

Bogotá
Lima
Mexico City
Rio de Janeiro
Santiago de Chile

Europe

Aberdeen
Amsterdam
Antwerp
Barcelona
Belgrade
Berlin
Bratislava
Bristol
Brussels
Bucharest
Budapest
Cologne
Duesseldorf
Edinburgh
Frankfurt
Funchal
Geneva
Glasgow
Hamburg
Istanbul
Kyiv
Leipzig
Lisbon
Ljubljana
London
Luxembourg
Lyon
Madrid
Manchester
Milan
Monaco
Moscow
Munich
Paris
Podgorica
Poznan
Prague
Reading
Rome
Sarajevo
Seville
Sheffield
Skopje
Sofia
Strasbourg
Stuttgart
Tirana
Utrecht
Vienna
Warsaw
Zagreb
Zurich

Africa

Algiers
Casablanca
Johannesburg
Luanda
Mombasa
Nairobi

Middle East

Dubai
Muscat
Riyadh

Asia-Pacific

Beijing
Hong Kong
Shanghai
Singapore

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 (cms-asl@cms-asl.com).

Twitter

Linkedin

cms.law

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.
www.cms-lawnow.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, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

---

cms.law

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

ISO 9001 BUREAU VERITAS Certification

© CMS España | CMS Albiñana & Suárez de Lezo | Enero 2020