



C/M/S/

Law.Tax

Referencias Jurídicas

Junio 2020

Referencias Jurídicas

Junio 2020

Artículos de fondo

Corporate / M&A

Revisión parcial del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas4
Ignacio Zarzalejos y Andrés Recalde

Posts jurídicos

Corporate / M&A

COVID-19: se mantienen las juntas y consejos telemáticos hasta finales de año8
Ana Vázquez

Procesal y Arbitraje

La renuncia implícita al crédito por no comunicar la cuenta para el pago en un convenio concursal10
Álvaro Feu

Competencia y UE

El TJUE aclara el concepto de restricciones por objeto y por efecto en el asunto *Budapest Bank*12
Carlos Végez

Inmobiliario y Construcción

Diferencias entre el desistimiento, la resolución y la rescisión de un contrato14
Jorge Peño

Tributario

Nueva etapa hacia la transposición de DAC6 en España16
Diego de Miguel y Marion Taylor



Revisión parcial del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

Ignacio Zarzalejos y Andrés Recalde

La CNMV aprobó el pasado 26 de junio una revisión parcial del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015 (“**CBG**”) a los efectos de, por una parte, adaptar el contenido de diversas recomendaciones a las novedades legislativas que se han introducido en nuestro ordenamiento desde su aprobación y, por otra, para resolver las dudas suscitadas desde la entrada en vigor del CBG en la aplicación de algunas de sus recomendaciones.

La revisión tiene como objetivo principal alinear el gobierno corporativo de nuestras sociedades cotizadas con los estándares de los países de nuestro entorno. En poco más de cinco años desde su aprobación, se introducen, ahora, modificaciones en 20 de las 64 recomendaciones del CBG.

La CNMV ha destacado que la reforma se basa en los siguientes cuatro ejes: (i) el fomento de la presencia de mujeres en los consejos de administración; (ii) la relevancia mayor que se pretende dar a la información no financiera y a la sostenibilidad; (iii) la atención especial a los riesgos reputacionales y, en general, no financieros; y (iv) la clarificación de algunos aspectos relativos a la remuneración de consejeros.

Entre las novedades introducidas en el CBG, destacaremos sucintamente las siguientes:

1. Relaciones sociedad cotizada-matriz:

La Recomendación 2 se reforma para abarcar bajo su ámbito todas las relaciones que puedan producirse entre una sociedad cotizada y su matriz. Esto supone la ampliación de su ámbito de aplicación dado que, con anterioridad, la recomendación del CBG solo se refería a relaciones entre una matriz y una filial cuando ambas sociedades cotizaban. Sin embargo, los riesgos para los inversores de una sociedad cotizada se dan de igual manera cuando la sociedad cotizada se encuentre bajo el control de otra entidad no cotizada, pero que mantenga relaciones de negocio con ella o que desarrolle actividades que guarden relación con las suyas. En este caso se extienden los conocidos deberes de transparencia aplicables a las operaciones con partes vinculadas y la adopción de medidas que permitan resolver los eventuales conflictos de intereses, que pudieran surgir.

En este sentido, conviene mencionar que la inminente reforma de la Ley de Sociedades de Capital, para la adaptación a la Directiva SRD2 de implicación a largo plazo de los accionistas, y cuyo Anteproyecto de Ley se remitió al Consejo de Estado para su dictamen el 2 de junio, contempla por primera vez una regulación específica para estas operaciones intragrupo.

2. Política general de comunicación:

Se modifica la Recomendación 4 para prever que las sociedades cotizadas cuenten con una política general relativa a la comunicación de información económico-financiera, y de la información no financiera y corporativa, así como de los contactos con accionistas e inversores institucionales en el marco de su implicación en la sociedad, y con los asesores de voto que sea plenamente respetuosa con las normas contra el abuso de mercado y dé un trato semejante a los accionistas que se encuentren en la misma posición. Esta política atenderá a la difusión de la información a través de los medios de comunicación, las redes sociales y otras vías. Con ello, la CNMV pretende ampliar la cantidad y la calidad de la información puesta a disposición del mercado, de los inversores y demás grupos de interés.

3. Participación de los accionistas en la junta general:

Como hemos podido observar con la pandemia del COVID-19, resulta conveniente que las sociedades cotizadas dispongan de mecanismos que garanticen que los accionistas puedan ejercer el derecho de voto (o, en su defecto, que puedan delegarlo), tanto de forma directa como a través de su ejercicio por medios telemáticos. Todo ello ha llevado a revisar la Recomendación 7, que anteriormente se limitaba a prever que la junta general se transmitiera en directo a través de la página web, para contemplar ahora otros procedimientos de comunicación telemática o a distancia, incluso mediante una la asistencia y participación activa en la Junta General.

4. Diversidad:

Por lo que se refiere a la política relativa a la composición del consejo de administración, la reforma del CBG incluye una mención expresa a la promoción de la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género en su composición. Asimismo, con respecto a la diversidad de género, se aclara que se considerará que favorecen la diversidad de género aquellas medidas que fomenten la existencia de un número significativo de altas directivas.

El objetivo de la deseable diversidad de género en el consejo se pretende conseguir con la presencia de consejeras que representen, al menos, un 40 % del total en 2022, sin que sea inferior al 30 % con anterioridad.

5. Análisis del potencial impacto en la reputación de la sociedad por situaciones que afecten a un consejero:

La composición del consejo debe ser equilibrada, aunque con una amplia mayoría de consejeros no ejecutivos y, en este caso, una adecuada proporción entre consejeros dominicales e independientes, que alcanzarán, con carácter general, al menos la mitad de los consejeros. Las causas de separación y dimisión de los consejeros no deben condicionar su libertad de criterio, para proteger la reputación y el crédito de la sociedad.

También se deberán tener en cuenta los cambios sobrevenidos de circunstancias y garantizar la estabilidad en el cargo de los consejeros independientes que no incumplan sus deberes. A tal efecto, se amplían las facultades (y los deberes) del consejo para analizar las situaciones en las que se encuentren los consejeros y que pudieran afectar a la reputación y el crédito de la sociedad. Así, sin necesidad de que se dicte auto de apertura de juicio oral para examinar un caso relativo a un consejero, el consejo puede decidir, previo informe de la CNYR, la adopción de medidas como la apertura de una investigación interna, solicitar la dimisión del consejero o proponer su cese a la junta general.

Por otra parte, en caso de renuncia o cese de un consejero, se hace hincapié en la necesidad de que las sociedades informen suficientemente de las razones, así como de los motivos o circunstancias aportados por el consejero cesado en caso de que se trate de un consejero externo.

6. Composición de la comisión ejecutiva:

En la explicación de la reforma del CBG la CNMV advierte que uno de los riesgos derivados de la existencia de una comisión ejecutiva para el adecuado gobierno corporativo de las sociedades consiste en que los consejeros no ejecutivos (y, especialmente, los independientes) no se encuentren suficientemente representados en la misma. Ello puede conducir a que las funciones del consejo que se delegan en esa comisión se ejerzan con una perspectiva diferente a la que pueda tener el consejo.

Por lo anterior, se modifica la Recomendación 37 que sugería que la estructura de esta comisión fuera similar a la del consejo, para que, en lo sucesivo, entre los miembros de la comisión ejecutiva haya, al menos, dos consejeros no ejecutivos, de los cuales uno, en todo caso, será independiente.

7. Comisión de auditoría:

La reforma del CBG precisa que los miembros de la comisión de auditoría deberán contar con conocimientos y experiencia en gestión de riesgos, tanto los financieros como no financieros de la sociedad y, en su caso, del grupo –incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales,

medioambientales, políticos y reputacionales o relacionados con la corrupción– revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables. A tal efecto, se precisan sus competencias de supervisión y evaluación, en línea con la obligación de elaborar un estado de información no financiera que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la aprobación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad.

8. Política de sostenibilidad:

Se reforman las Recomendaciones 53, 54 y 55 relativas a las materias medioambiental, social y de gobierno corporativo, introduciendo el nuevo término “Sostenibilidad” en sustitución de la “Responsabilidad Social Corporativa” que se venía utilizando en los últimos años. En concreto, la sociedad debe promover una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, constituyendo una facultad indelegable del consejo de administración, en el que se ofrecerá de forma transparente, una información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados.

9. Remuneraciones de consejeros:

La CNMV destaca que la percepción de remuneraciones variables por los consejeros debe sujetarse a la efectiva constatación del cumplimiento de los objetivos establecidos para su devengo. Así, se pone como ejemplo que, si se contempla como uno de los parámetros para su concesión el alcanzar una determinada cifra de negocios, con anterioridad al abono de esa remuneración variable será nece-

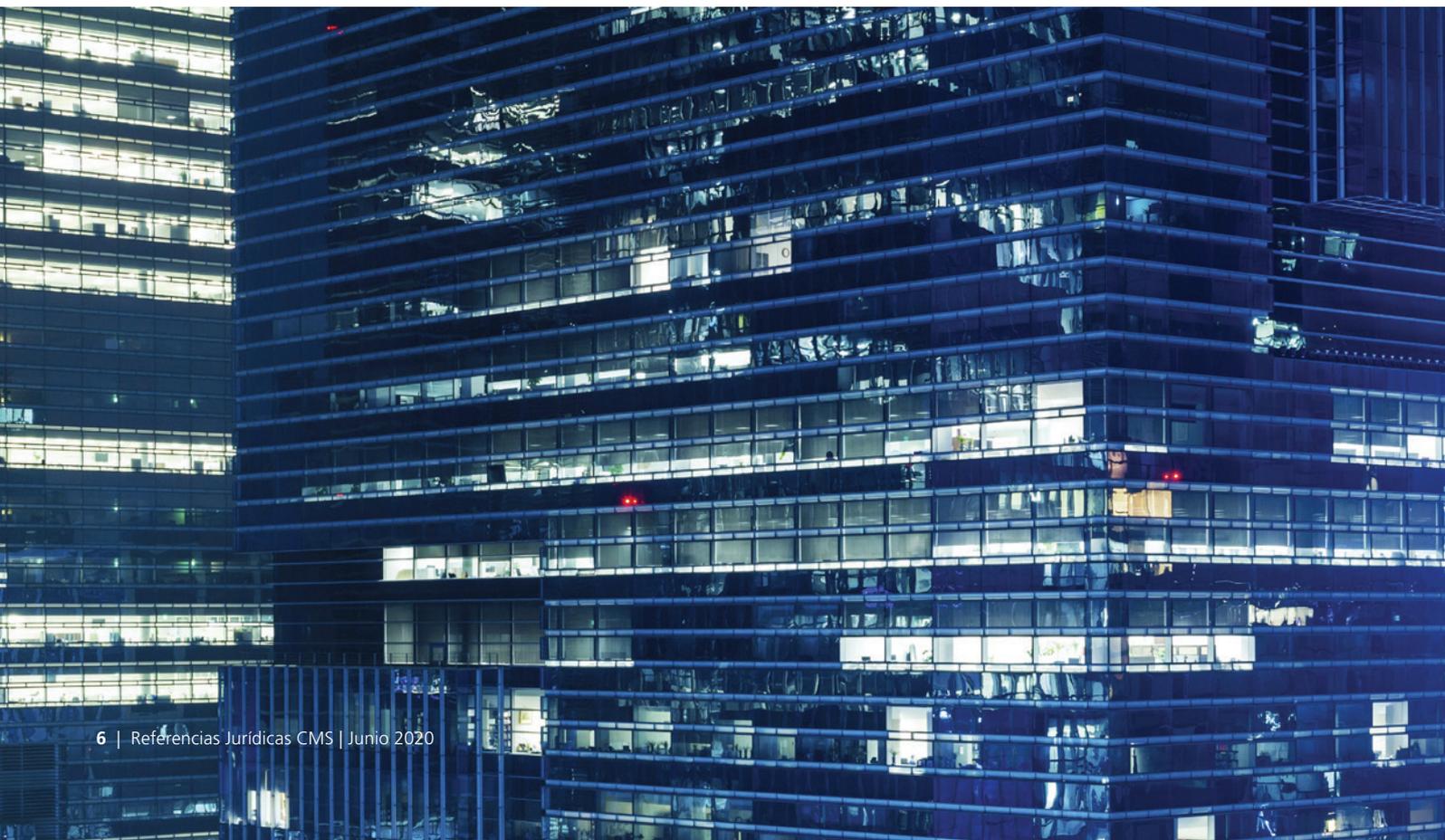
saria la previa formulación de las cuentas anuales y su revisión por el auditor de cuentas, que acrediten que efectivamente se produjeron.

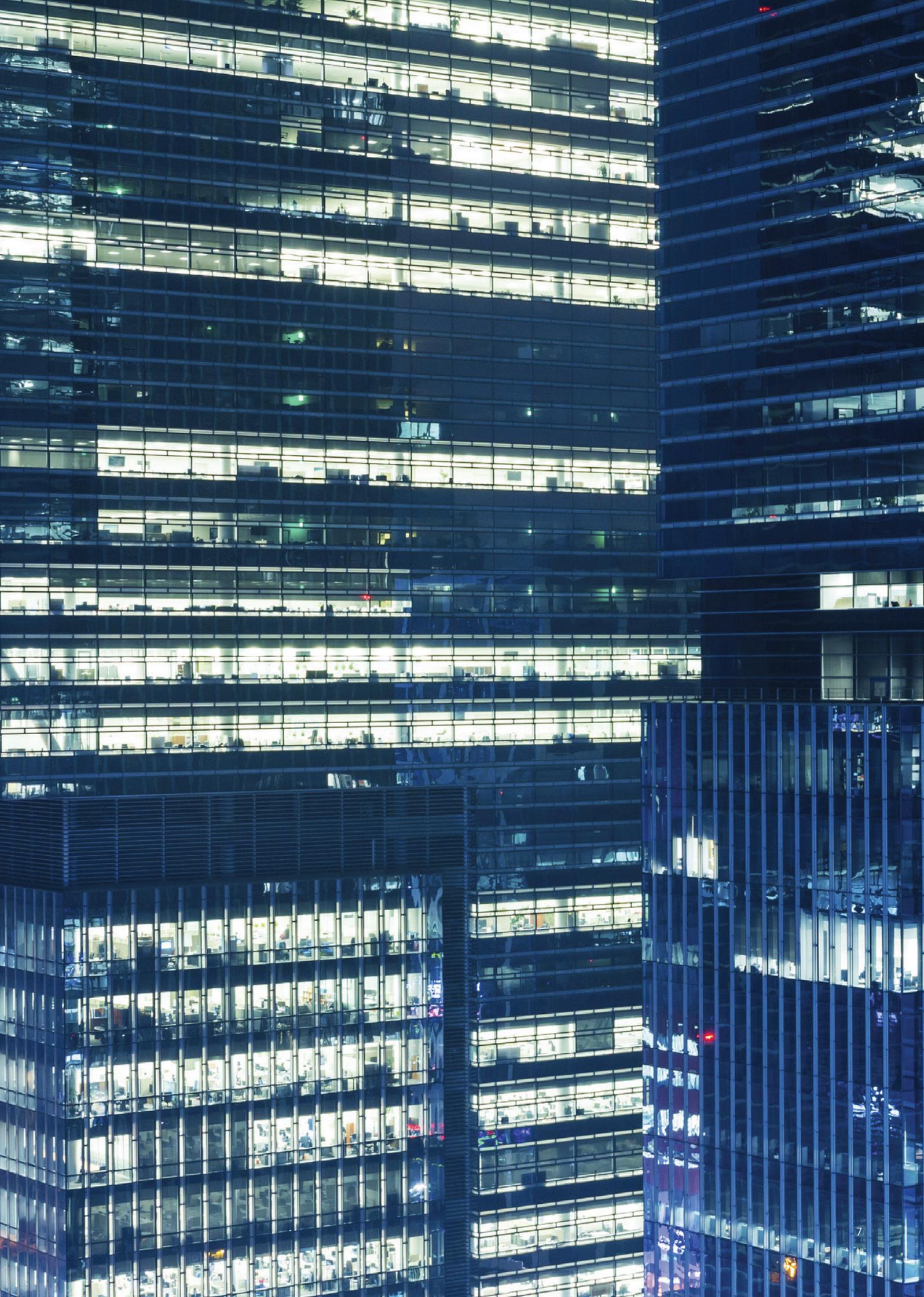
Se recomienda también la inclusión en el informe anual de remuneraciones (IAR) de los criterios referidos al tiempo requerido y a los métodos para comprobarlo de acuerdo con las características de cada componente de la retribución variable. También se recomienda que el pago de una parte de los componentes variables se difiera por un período adecuado de forma que, si concurre algún suceso que lo hiciera recomendable, se pierda total o parcialmente el derecho al cobro de esos importes (cláusulas *bonus malus*).

En materia de retribuciones también se aclara el alcance de la Recomendación 62 para concretar que los consejeros ejecutivos no podrán transmitir las acciones ni ejercitar las opciones que se les atribuya durante un plazo mínimo de tres años, salvo en determinados supuestos excepcionales.

Finalmente, se revisa la Recomendación 64 a los efectos de precisar qué conceptos se deben tener en cuenta para el cálculo del importe máximo a abonar al consejero en caso de resolución o extinción de su contrato.

En definitiva, estas novedades en materia de gobierno corporativo requerirán de las sociedades cotizadas un análisis de su normativa interna a los efectos de adecuarla, en su caso, a las recomendaciones revisadas por la CNMV, de forma que el resultado del análisis que efectúen sobre su cumplimiento con ocasión de la aprobación de los informes anuales de gobierno corporativo (IAGC) correspondientes a este ejercicio 2020 sean satisfactorios.





COVID-19: se mantienen las juntas y consejos telemáticos hasta finales de año

Ana Vázquez
Corporate / M&A | Post jurídico

La última prórroga del estado de alarma, declarada el pasado 5 de junio, para la gestión de la última fase del plan de desescalada ha dado lugar a un nuevo Real Decreto-Ley con medidas para la prevención, contención y coordinación de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Entre ellas se encuentra la posibilidad de celebrar reuniones de los órganos societarios de forma telemática hasta el 31 de diciembre de 2020.

El Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio (el “**RDL 21/2020**”) tiene como propósito establecer una serie de medidas que sigan aplicando una vez expire el estado de alarma, con el fin de que se pueda seguir controlando la pandemia y se garantice la salud pública de los ciudadanos. De entre las numerosas medidas que se han ido regulando durante el estado de alarma a través de los distintos instrumentos normativos, el RDL 21/2020 incluye una ampliación de la vigencia temporal de las que se referían al funcionamiento de los órganos sociales.

El Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “**RDL 8/2020**”) incorporó importantes medidas en el ámbito del funcionamiento de los órganos de las sociedades mercantiles, asociaciones y otras personas jurídicas de Derecho privado, junto con otras referidas a las sociedades cotizadas. Entre estas me-

didias, se incluía la posibilidad de que, durante la vigencia del periodo de alarma y aunque los estatutos no lo hubieran previsto, las sesiones de los órganos de gobierno se pudiesen celebrar por videoconferencia que asegurase la autenticidad y la conexión con imagen y sonido de los asistentes. Además, se incluyó la posibilidad de adoptar los acuerdos de los órganos de gobierno por escrito y sin sesión siempre que lo decidiera el presidente, debiendo adoptarse cuando lo soliciten, al menos, dos de los miembros del órgano.

Estas previsiones, incluidas en el artículo 40.1 y 40.2 del RDL 8/2020, fueron modificadas por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo (el “**RDL 11/2020**”), con el fin de flexibilizar y ampliar los medios de celebración de las reuniones telemáticas e incluir una serie de requisitos a tener en cuenta durante su celebración. Estos requisitos son que los miembros del órgano de administración dispongan de los medios necesarios para acceder a la reunión, que el secretario del órgano reconozca la identidad de los asistentes y que así lo exprese en el acta. Además, el RDL 11/2020 incluyó expresamente la posibilidad de que las reuniones telemáticas pudiesen ser celebradas también para juntas o asambleas de asociados y socios, aunque los estatutos no incluyesen tal posibilidad.

Con estas medidas, que en un principio estaban limitadas a la vigencia del estado de alarma, se buscaba garantizar la continuidad de la gestión y de las decisiones de la sociedad durante este periodo de crisis, asegurándose que, al mismo tiempo, podía cumplirse con las recomendaciones sanitarias de distanciamiento social.

No obstante, dado el límite temporal que se incluía en el propio artículo 40 del RDL 8/2020 cabía preguntarse si,



Se permite durante todo este ejercicio la celebración de juntas y reuniones del órgano de administración de manera telemática y la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, aunque no haya previsión estatutaria al respecto, garantizando así el tráfico social ordinario cumpliendo con las precauciones sanitarias.

ante la previsión de que hubiese que continuar con las restricciones y recomendaciones sanitarias para evitar el contagio del COVID-19, se prolongaría el tiempo de aplicación de estas medidas. El propio artículo 40 limitaba las medidas previstas en los artículos 1 y 2 a la vigencia del estado de alarma, y el RDL 11/2020 añadía en su Disposición Final Duodécima que las medidas previstas estarían en vigor hasta un mes después de que finalizase el estado de alarma salvo para aquellas para las que se fijaba un plazo de duración determinado.

El nuevo RDL 21/2020 ha adaptado estas medidas del artículo 40.1 y 40.2, extendiendo su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2020. De esta manera, se permite durante todo este ejercicio la celebración de juntas y reuniones del órgano de administración de manera telemática y la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, aunque no haya previsión estatutaria al respecto, garantizando así el tráfico social ordinario cumpliendo con las precauciones sanitarias. Será necesario, eso sí, que se cumplan las condiciones, tal y como quedaron fijadas por el RDL 11/2020.

La renuncia implícita al crédito por no comunicar la cuenta para el pago en un convenio concursal

Álvaro Feu

Procesal y Arbitraje | Post jurídico

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS avala, con ciertos límites, las cláusulas de los convenios de acreedores en las que se prevé la pérdida del crédito de los acreedores que no comuniquen en un plazo determinado su número de cuenta bancaria. Una reciente sentencia de 2019 ha matizado el alcance tradicional de esta doctrina.

En su sentencia de 8 de abril de 2016, el Tribunal Supremo analizó, por primera vez, una cláusula de un convenio de acreedores en la que, por un lado, se establecía la obligación de los acreedores de comunicar en un plazo de tres meses el número de cuenta en el que deseaban recibir el pago de sus créditos y, por otro lado, se recogía expresamente que, en caso de que los acreedores no comunicaran ese número de cuenta, se entendería que habían renunciado a sus créditos.

En el caso de aquella sentencia, los acreedores a los que la concursada no había pagado después de la aprobación del convenio habían reclamado que el convenio de acreedores fuera judicialmente declarado incumplido. Por su parte, la concursada defendía que esos acreedores a los que no había pagado habían renunciado tácitamente a sus créditos porque no habían comunicado su cuenta bancaria, y que por lo tanto no había habido ningún incumplimiento.

El Tribunal Supremo razonó que las cláusulas del convenio sobre la obligación de comunicar el número de cuenta y la

renuncia al crédito en caso de no hacerlo no son cuestiones relativas al contenido del convenio de acreedores regulado por la Ley Concursal, sino que únicamente afectan al modo de realizar el pago.

Partiendo de lo anterior, dedujo que este tipo de cláusulas no vulneran ningún tipo de límite legal del contenido del convenio ni tampoco ninguna norma imperativa, de manera que deben considerarse plenamente válidas y eficaces.

En cuanto a las personas afectadas por esta cláusula, el Tribunal Supremo estableció que, si bien con carácter general una renuncia así únicamente debería vincular a las partes que prestaron su consentimiento libre y no viciado, en el ámbito concursal resultaba perfectamente admisible que la cláusula afectara a todos los acreedores que, en función de las mayorías de voto alcanzadas, hubieran quedado sometidos al convenio.

Esto significa, además, que la obligación de comunicar el número de cuenta podría aplicarse incluso a aquellos acreedores que no tienen acceso a las resoluciones del concurso y que, por tanto, tienen menores posibilidades de saber cuándo se ha aprobado un convenio y cuál es el plazo de que disponen para facilitar su cuenta bancaria.

Las consecuencias prácticas de esta sentencia han resultado de enorme importancia en los últimos años.

Desde entonces, se ha generalizado la inclusión de este tipo de cláusulas en los convenios y, debido a su desconocimiento, numerosos acreedores se han encontrado con que han perdido la posibilidad de cobrar sus créditos tras la aprobación de un convenio por el simple hecho de no haber comunicado a la concursada su cuenta bancaria en plazo.



Con carácter general, este tipo de cláusulas siguen siendo válidas y ampliamente utilizadas, de manera que resulta muy conveniente para los acreedores estar especialmente atentos a la aprobación de un convenio y a la posible necesidad de facilitar su cuenta bancaria, so pena de perder su crédito en caso de no hacerlo.

El Tribunal Supremo ratificó después, en varias ocasiones, la validez de este tipo de cláusulas y el alcance descrito (STS 10 de enero de 2017, STS 15 de marzo de 2017, STS 31 de octubre de 2018, etc.), con una importante matización por sentencia de 1 de octubre de 2019.

En esta última sentencia, el Tribunal Supremo consideró que, aunque la cláusula de renuncia al crédito por falta de comunicación de la cuenta bancaria en un convenio seguía siendo perfectamente válida, su aplicación al caso concreto de un crédito de la Agencia Tributaria no resultaba justificada.

La sentencia recoge que la finalidad primordial de la cláusula de renuncia tácita es la de evitar que el convenio quede pendiente de cumplimiento de manera indefinida por el desconocimiento de la cuenta de los acreedores en la que pagar sus créditos. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la cláusula ha de interpretarse conforme a la buena fe y, en este caso en el que la Agencia Tributaria no comunicó su número de cuenta, pero en el que la concursada ya conocía de antemano la cuenta en la que debía realizar los pagos y, además, en el que el pago de los créditos está regulado en una norma administrativa, no cabe aplicar la renuncia tácita al crédito.

Esto significa, en la práctica, que el criterio anterior acerca de la validez absoluta de la cláusula relativa a la pérdida del crédito por falta de comunicación de la cuenta bancaria ha quedado limitado, habiéndose excluido la eficacia de estas cláusulas, al menos, en relación con los créditos públicos para los que la concursada conozca o pueda conocer de antemano el número de cuenta.

Sea como fuere, lo cierto es que, con carácter general, este tipo de cláusulas siguen siendo válidas y ampliamente utilizadas, de manera que resulta muy conveniente para los acreedores estar especialmente atentos a la aprobación de un convenio y a la posible necesidad de facilitar su cuenta bancaria, so pena de perder su crédito en caso de no hacerlo.

El TJUE aclara el concepto de restricciones por objeto y por efecto en el asunto 'Budapest Bank'

Carlos Vérguez
Competencia y UE | Post jurídico

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece, en su sentencia de 2 de abril de 2020, unas orientaciones sobre la noción de restricción de la competencia por objeto y determinadas pautas para su análisis práctico.

La [sentencia](#) de 2 de abril de 2020 (“Sentencia”) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) responde a varias cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Supremo Húngaro sobre la interpretación del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prohíbe las prácticas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia dentro del mercado interior.

La Sentencia se adopta en el marco de un recurso de casación contra una decisión de la autoridad de competencia de este país que sancionaba a seis entidades financieras, a Visa y a Mastercard por infringir el artículo 101.1 TFUE, por acordar conjuntamente el importe de las tasas de intercambio relativas a los pagos efectuados con tarjeta. La autoridad húngara de la competencia estableció que dicho comportamiento constituía una restricción de la competencia “por objeto” y “por efecto”.

El Tribunal Supremo húngaro preguntó al TJUE si el artículo 101.1 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que un mismo comportamiento anticompetitivo tiene a la vez por objeto y por efecto restringir la competencia; y si un acuerdo como el sancionado puede calificarse como una restricción “por objeto”.

El TJUE recuerda que, cuando un acuerdo se califica de restricción de la competencia “por objeto” con arreglo al artículo 101.1 TFUE, no es necesario demostrar, además, los efectos de dicho acuerdo para considerar que está prohibido en virtud de dicha disposición. Es decir, la constatación de la existencia de una restricción por objeto exime a la autoridad u órgano jurisdiccional competente de la necesidad de demostrar sus efectos, pero ello no obsta a que la autoridad o el órgano jurisdiccional pueda proceder a tal examen cuando lo estime oportuno.

No obstante, el TJUE, siguiendo la [Opinión del Abogado General Bobek](#), precisa que el hecho de que la autoridad o el órgano jurisdiccional competente pueda calificar un mismo comportamiento contrario a la competencia de restricción tanto “por objeto” como “por efecto” no le exime de su obligación de, por un lado, apoyar sus afirmaciones al respecto en las pruebas necesarias y, por otro, precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a uno u otro tipo de restricción constatada.

En particular, y respecto a las restricciones por objeto, citando la [Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014 \(Groupement des Cartes Bancaires\)](#), el TJUE recuerda que estas han de interpretarse de manera restrictiva y que para apreciar si un acuerdo tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser una restricción “por objeto” debe atenderse (i) al contenido de sus disposiciones; (ii) a los objetivos que pretende alcanzar; y (iii) al contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados y a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión.



El TJUE asienta y clarifica el contenido de la sentencia de *Groupement des Cartes Bancaires* sobre restricciones “por objeto” y limita, en consecuencia, futuras interpretaciones amplias de la infracción “por objeto” por parte de las autoridades de competencia.

Además, el TJUE indica que para justificar que un acuerdo se califique de restricción de la competencia “por objeto”, sin necesidad de examinar sus efectos, debe existir un acervo sólido y fiable de experiencia para que pueda considerarse que dicho acuerdo es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia y haga innecesario el análisis de sus efectos concretos en el mercado.

En este marco, y dado que el Tribunal Supremo húngaro indicó que el acuerdo restrictivo pudo haber tenido efectos pro-competitivos, el TJUE establece que si hubiera indicios sólidos al respecto, sería muy difícil concluir la existencia de infracción “por objeto”, siendo necesario analizar los efectos reales en el mercado en ausencia de ese acuerdo. En definitiva, el TJUE ofrece un ejemplo práctico (el posible efecto positivo del acuerdo sobre tasas de intercambio) sobre cómo el denominado análisis del contrafactual puede ser pertinente para descartar que un acuerdo sea restrictivo por su objeto.

Si bien corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar los elementos enumerados, el TJUE establece que no dispone de los elementos suficientes para concluir que el acuerdo sobre tasas de intercambio contenía un grado de nocividad suficiente, y que tenía como objetivo “*garantizar un cierto equilibrio entre las actividades de emisión y las de adquisición dentro del sistema de pago con tarjeta controvertido en el litigio principal*”. En consecuencia, el TJUE concluye que no puede determinarse la existencia de “*una experiencia suficientemente general y continuada como para que pueda considerarse el carácter nocivo para la competencia de un acuerdo como el controvertido en el litigio principal*”.

En definitiva, el TJUE asienta y clarifica el contenido de la sentencia de *Groupement des Cartes Bancaires* sobre restricciones “por objeto” y limita, en consecuencia, futuras interpretaciones amplias de la infracción “por objeto” por parte de las autoridades de competencia.

Diferencias entre el desistimiento, la resolución y la rescisión de un contrato

Jorge Peño
Inmobiliario y Construcción | Post jurídico

¿Es lo mismo rescindir un contrato que resolverlo? ¿Qué diferencia existe entre un desistimiento y una resolución?

Muchas veces oímos en los medios de comunicación que tal o cual deportista “ha rescindido” su contrato, e incluso leemos en algunos contratos que nos llegan para revisar que se faculta a alguna de las partes a rescindir o a resolverlo, utilizando los términos como si fuesen totalmente intercambiables.

Sin embargo, no es lo mismo resolver un contrato, rescindirlo o desistir del mismo: aunque en los tres casos el efecto perseguido sea el mismo (la finalización de un contrato), en cada una de estas figuras las causas que las permiten o los efectos que se derivan para las partes no son iguales. Por ello, merece la pena que hagamos un breve resumen sobre en qué consiste cada una de estas figuras, de modo que las podamos usar correctamente:

1. Desistimiento: En general, desistimos de un contrato cuando estamos facultados a extinguirlo de forma unilateral, es decir, bastando la mera declaración de voluntad y sin que se haya producido necesariamente una lesión o incumplimiento. Por ello, salvo que se pacte expresamente, el ejercicio del derecho de desistimiento no lleva aparejado un resarcimiento (indemnización) entre las partes. En cuanto a la declaración de voluntad, lo habitual es que el contrato exija cumplir determinados requisitos en cuanto al plazo y forma para su ejercicio (por ejemplo, cumplir con un plazo de preaviso mínimo y enviarlo por conducto fehaciente).

El desistimiento puede darse: o por haberse establecido así en el propio contrato, o en virtud de la ley, como es el caso de la previsión contenida en el artículo 11 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (“LAU”), que permite al arrendatario poner fin a un arrendamiento de vivienda transcurridos los primeros seis meses.

No debe confundirse tampoco el desistimiento con la facultad de decidir unilateralmente la “no continuación” del contrato más allá de un plazo determinado: no es lo mismo poner fin a un contrato en vigor que decidir que no continúe más allá del plazo inicial pactado, aunque la diferencia aquí es mucho más difusa.

Finalmente, hay que recordar que la facultad de desistir (o “denunciar”) unilateralmente se encuentra implícita en aquellos contratos de duración indeterminada, según ha reiterado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, siempre “dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas” (SSTS de 16 de noviembre de 2016, 9 de octubre de 1997, entre otras muchas).

2. Resolución: La resolución es la facultad de dar por terminado un contrato sinalagmático cuando la contraparte ha incumplido sus prestaciones. El artículo 1124 del Código civil considera que este derecho está implícito en todo contrato con obligaciones recíprocas si se produce un incumplimiento esencial de una obligación por una de las partes, e impone al incumplidor el deber de compensar los daños, así como de abonar intereses. El Tribunal Supremo entiende que hay incumplimiento esencial cuando se frustra “la finalidad perseguida por los contratantes” (STS 16 de mayo de 2012). En todo caso, es conveniente concretar



La rescisión es una impugnación contra un acto válido, pero que ocasiona una lesión patrimonial injusta y la resolución es la cesación de los efectos de un acto jurídico, ya sea por virtud de lo acordado o de una previsión legal.

en el propio contrato cuáles son estas causas de resolución, los remedios, e incluso cuantificar y/o delimitar las consecuencias que ello implica: ¿se han de abonar daños indirectos?, ¿la indemnización incluye pérdida de rentas?, ¿hay límite de cuantía? Etc.

Un ejemplo de facultad de resolución establecido por una previsión legal es la del artículo 27 de la LAU, que faculta al arrendador a resolver en caso de que el arrendatario incumpla determinadas obligaciones, como el pago de la renta.

Cabría, por último, distinguir entre resolución por incumplimiento y resolución por acaecimiento de una circunstancia sobrevinida y gravosa que produzca un desequilibrio entre las partes, aunque este punto merece un artículo aparte.

3. Rescisión: Finalmente, la rescisión no es sino una causa de ineficacia sobrevinida. Consiste en el ejercicio de una acción para reparar el perjuicio económico que un contrato origina en determinadas personas, cesando su eficacia. Su aplicación es siempre extraordinaria, subsidiaria respecto de otras medidas, y no puede considerarse posible en cualquier contrato. Aunque hay una tendencia a flexibilizar su admisibilidad (SSTS de 7 de septiembre de 2012 y 21 de diciembre de 2016), la doctrina tradicional ha sido muy restrictiva, admitiéndolo en los casos del artículo 1291 C.c.: (i) contratos celebrados por tutores sin autorización judicial o en representación de ausentes, cuando los representados han sufrido una lesión patrimonial importante; (ii) contratos en fraude de acreedores, cuando a éstos nos les cabe otro modo de cobrar lo que se les debe; o (iii) los que se refieran a cosas litigiosas, si han sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

En conclusión, no toda finalización de un contrato es rescisión, ni toda rescisión implica el incumplimiento de alguna obligación contractual: la rescisión es una impugnación contra un acto válido, pero que ocasiona una lesión patrimonial injusta y la resolución es la cesación de los efectos de un acto jurídico, ya sea por virtud de lo acordado o de una previsión legal.

Nueva etapa hacia la transposición de DAC6 en España

Diego de Miguel y Marion Taylor
Tributario | Post jurídico

A medida que se acerca la transposición de la Directiva DAC6, parece que muchas preguntas tienen respuesta, pero sigue habiendo incertidumbre en cuestiones no poco relevantes.

Recientemente, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de Ley que transpone la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo 2018, conocida como DAC6, para obligar a los intermediarios a informar a Hacienda sobre la planificación fiscal agresiva en el ámbito internacional. Obligado por la tarea armonizadora de la Unión Europea, el proyecto se concibe como un paso adelante frente a la lucha contra el fraude y la elusión fiscal. El proyecto, sin embargo, suscita muchas dudas en el ámbito profesional, pues incorpora la obligación para los asesores fiscales, entre otros, de revelar a la Administración tributaria información sensible relativa a sus clientes.

El proyecto de transposición de la DAC6 plantea numerosos interrogantes, cuya solución no siempre es sencilla. Un buen ejemplo es su aplicación en asesoramiento sobre operaciones complejas entre varios asesores, incluso de diversos países, la forma de articular sus previsiones con el secreto profesional o la aplicación de las sanciones durante la fase de transición que acaba el 30 de junio 2020. En todo caso, algunos aspectos sí parecen tener ya una respuesta.

¿Quién estará obligado a declarar?

Las obligaciones de información que establece la normativa están dirigidas fundamentalmente a los intermediarios fiscales (asesores fiscales, abogados, gestores administrati-

vos o instituciones financieras), que serán los obligados a presentar la declaración ante la Agencia Tributaria. En determinadas ocasiones, se traslada esta obligación a los contribuyentes, sean éstos personas físicas o jurídicas, que deberán informar directamente cuando no haya intermediario, este esté fuera de la Unión Europea o le ampare el secreto profesional.

¿De qué operaciones se deberá informar?

Los mecanismos transfronterizos (entre otros, operaciones, negocios jurídicos, esquemas y acuerdos) sujetos a la obligación de comunicación son aquellos que impliquen una planificación fiscal potencialmente agresiva y que se identifican mediante de serie de indicadores, o señas distintivas. El carácter transfronterizo hace referencia a aquellos mecanismos que afecten a más de un Estado miembro de la UE o a un estado de la UE y un tercer país. Quedan excluidos los mecanismos relativos a los ámbitos del Impuesto sobre el Valor Añadido, de los aranceles, de los impuestos especiales y de las cotizaciones de Seguridad Social.

¿Existirán exenciones a la obligación de declarar?

Cuando el intermediario realice un asesoramiento neutral, es decir sin participación en el diseño del mecanismo de planificación fiscal, podrá ampararse en el secreto profesional para no informar a la Agencia Tributaria. Si hace uso de esa prerrogativa, la obligación de informar recaerá sobre el obligado tributario.

¿Cuáles serán las sanciones aplicables?

El régimen sancionador previsto consiste en una multa pecuniaria fija de 2.000 euros por cada dato o conjunto de



Hace algunas semanas, la Comisión Europea publicó una propuesta de Directiva para el aplazamiento por un plazo de tres meses de las obligaciones de información debido a la crisis del COVID-19, que debería ser examinada por el Parlamento Europeo y el Consejo en los próximos días.

datos con un mínimo de 4.000 euros y un máximo equivalente a los honorarios percibidos o a percibir (en el supuesto de que la obligación de informar la tenga el intermediario) o al valor del efecto fiscal derivado del mecanismo (cuándo la obligación sea del contribuyente).

¿A partir de cuándo se deberá declarar?

La fecha de entrada en vigor esta prevista en el proyecto a partir del 1 de julio 2020, con la particularidad de que los mecanismos cuya primera fase de ejecución se haya realizado entre el 25 de junio de 2018 y el 30 de junio 2020 deberán también ser objeto de declaración.

No obstante lo anterior, hace algunas semanas, la Comisión Europea publicó una propuesta de Directiva para el aplazamiento por un plazo de tres meses de las obligaciones de información debido a la crisis del COVID-19, que debería ser examinada por el Parlamento Europeo y el Consejo en los próximos días.

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información, por favor, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (cms-asl@cms-asl.com).



Twitter



LinkedIn



cms.law



Law . Tax

Your free online legal information service.

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

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

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