

Luris & lex

elEconomista

Revista quincenal

14 de marzo de 2014 | Nº 105



El Defensor del Pueblo pide proteger a las familias endeudadas

El informe de la semana | P8

Diez propuestas para la seguridad jurídica de la reforma fiscal

Derecho Fiscal | P14

Hipotecas, cláusulas suelo, preferentes... ¿En qué punto estamos?

Día Mundial del Consumo | P36

Una reforma concursal a la medida de las grandes empresas financieras

Medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda comercial

P4

◆ Editorial	3	27-29	◆ Penal
◆ En portada	4-7	27	◆ <i>Eduardo de Urbano</i>
◆ <i>Pedro Martín Molina</i>	7	30-34	◆ Propiedad intelectual
◆ Informe	8-9	32	◆ <i>Fco. Javier Sáez</i>
◆ Jurisprudencia	10-12	34	◆ <i>Isabel Pascual de Quinto</i>
◆ Fiscal	13-15	36-41	◆ Especial Consumo
◆ <i>Esau Alarcón</i>	13	41	◆ <i>B. Palao/M. Nuñez</i>
◆ Civil	16-18	42	◆ Vida Colegial
◆ <i>Ana Fdez.-Tresguerres</i>	18	43	◆ <i>Javier Mata</i>
◆ <i>Fernando Acedo-Rico</i>	19	44	◆ Noticias
◆ Mercantil	20-23	45	◆ BOE
◆ <i>Carlos Nieto</i>	22	46	◆ <i>L. Martínez de Salinas</i>
◆ <i>Javier Yáñez</i>	23	47	◆ DGRN
◆ Laboral	24-26	48	◆ <i>Delfín Martínez</i>
◆ <i>Manuel Fdez.-Lomana</i>	26	49	◆ DGT
		50	◆ Agenda

Luces y sombras en un Real Decreto-ley para salvar empresas

La entrada de acreedores en el capital de la sociedad facilitará su saneamiento, pero abre el camino a los 'fondos buitres'

Esperar que la banca pague las deudas de las pymes con Hacienda a través de quitas propias es una temeridad

Se pretende por la vía del Real Decreto-ley de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Comercial simplificar y facilitar los acuerdos de refinanciación, abriendo vías para llegar a acuerdos con respecto al número de acreedores y buscando soluciones para que tengan el carácter de obligatorios para los no firmantes, según el tipo de mayorías obtenidas. Además, se incluyen importantes mejoras en la tributación para evitar ficciones de beneficios que venían imposibilitando este tipo de acuerdos. La entrada de los acreedores en el capital de la sociedad facilitará su saneamiento y la recuperación de la deuda en el futuro.

El Gobierno ha dado un nuevo paso para frenar la destrucción de empresas que ha conllevado la crisis. Ya nadie puede llevar la cuenta de las reformas que se han introducido en la norma desde su entrada en vigor y evitar así el fracaso que supone, que un texto legal que se proponía salvar a las empresas con problemas de solvencia, pero que en sus estadísticas hay una insistente y monótona constancia de que el 95 por ciento de ellas han acabado en liquidación.

Se pretende por la vía del Real Decreto-ley de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Comercial simplificar y facilitar los acuerdos de refinanciación, abriendo vías para llegar a acuerdos con respecto al número de acreedores y buscando soluciones para que tengan el carácter de obligatorios para los no firmantes, según el tipo de mayorías obtenidas. Además, se incluyen importantes mejoras en la tributación para evitar ficciones de beneficios que venían imposibilitando este tipo de acuerdos.

Se elimina por un lado la figura del experto independiente, permitiendo que sea el auditor quien aporte las valoraciones, pero al mismo tiempo se potencia esta figura cuando se incluye un apartado en la norma que permite que el dueño de una empresa se verá obligado a aceptar los acuerdos de refinanciación hechos a medida de sus acreedores -banca y fondos de inversión, incluidos los 'fondos buitres'. Ello implica acatar quitas o conversión de la deuda en capital. Esto último permitirá a los acreedores quedarse con la empresa aun en contra de la voluntad de su propietario. En la mente de todos están las disoluciones por pérdidas de empresas inmobiliarias o los casos de Pescanova, La Seda, Prisa o Codere, afectadas por esta reforma.

La entrada de los acreedores en el capital de la sociedad facilitará su saneamiento y la recuperación de la deuda en el futuro. Esta medida también puede influir sobre el empleo al propiciar que se salve toda o, por lo menos, una parte de la plantilla. Sin embargo, abre la puerta a que acreedores, como los *fondos buitres*, se puedan hacer con empresas por esta vía fácil. Un ejemplo reciente es el de Codere, cuyos dueños han acudido al concurso para no perder el control de la compañía. El cambio normativo quita capacidad de decidir al deudor y da demasiada fuerza para presionar a los acreedores.



GETTY

Con las actuales medidas se pretende que la banca se involucre en la salvación de las empresas, pero han quedado fuera de estas medidas los privilegios sobre sus deudas de Hacienda y la Seguridad Social. Este es un importante hándicap para la eficacia de la norma, puesto que estas son las deudas principales de las pymes, lo que las deja virtualmente fuera de estas medidas. Esperar que la banca vaya a pagar este tipo de deudas a través de quitas propias es una temeridad.

Fe de errores:

La Tribuna de Adriana Moscoso (ver núm. anterior) indicaba que Noruega es miembro de la UE, pero no del Espacio Económico Europeo, cuando en realidad quería expresar lo contrario.

La entrada de los acreedores en el capital de la sociedad facilitará su saneamiento y la recuperación de la deuda. Esta medida también puede influir en el empleo al propiciar que se salve toda o, por lo menos, una parte de la plantilla. Sin embargo, abre la puerta a que acreedores, como los 'fondos buitres', se hagan con empresas por esta vía fácil. Se pretende que la banca se involucre en la salvación de las empresas, pero han quedado fuera los privilegios de las deudas de Hacienda y Seguridad Social. Estas son las deudas principales de las pymes, lo que las deja virtualmente fuera. Esperar que la banca pague este tipo de deudas a través de quitas propias es una temeridad.

Adoptada por la vía de urgencia por el Ministerio de Economía y Competitividad

Entra en vigor la nueva reforma concursal

La norma centra sus efectos sobre los acuerdos de refinanciación previa a la declaración del procedimiento para evitar el 95% de liquidaciones

XAVIER GIL PECHARROMÁN

El procedimiento concursal concluye con cerca de un 95 por ciento de casos en la liquidación del deudor, de modo que modificar la fase preconcursal se ha convertido en un asunto determinante para la reestructuración financiera de las empresas, puesto que los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de las empresas, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de las deudas.

Existe un amplio acuerdo entre los expertos en Derecho Concursal, en que la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros deriva no tanto de la falta de voluntad de las partes, sino de ciertas rigideces detectadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal. Es por ello, que el Ministerio de Economía y Competitividad ha remitido el Real Decreto-Ley (RDL) 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, al Consejo de Ministros, que lo ha aprobado con carácter de urgencia en su última reunión, que ya ha entrado en vigor.

Buena parte de la norma trata de buscar alicientes para que la banca se interese por los procesos de refinanciación de las empresas en crisis. Así, se modifica el Real Decreto 1066/2007, de régimen de OPA, para exceptuar la oferta pública de adquisición y la necesidad de solicitar, dispensa a la CNMV, cuando se trate de operaciones realizadas como consecuencia directa de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, informado favorablemente por un experto independiente.

Acuerdos irrevocables con varias vías de negociación

La parte dispositiva de este RDL consta de un único artículo que modifica varios preceptos de la Ley Concursal. Destaca, que lo que hasta ahora se recogía en el artículo 71.6 como supuesto de no rescindibilidad, se ha llevado al artículo 71.bis junto con un nuevo supuesto. Se clarifica su extensión a negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones.

Se incluyen, como han reconocido muchos pronunciamientos judiciales, las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago. Al tiempo, se elimina la necesidad de informe de experto independiente, sustituyéndola por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción. Esta medida puede plantear problemas a corto plazo, según señalan diversos administradores concursales consultados, como Leopoldo Pons, presidente del Registro de Economistas Forenses (Refor) del Consejo de Economistas.

No obstante, se prevé que en los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este RDL se estén negociando, se aplicará el régimen anterior, si el deudor ya ha solicitado del registrador Mercantil la designación de experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del nuevo régimen.

En el artículo 71.bis.2 se introduce un nuevo supuesto que declara los acuerdos alcanzados no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose lo que en Economía se ha dado en llamar *un puerto seguro*. Se trata de permitir la negociación di-



recta del deudor con uno o más acreedores, siempre que no signifique una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Esta figura es más restrictiva que la general en cuanto a los supuestos, pero se presupone más laxa sobre los intervinientes.

Una diferencia importante, sobre este sistema de negociación es que en los regidos por el artículo 71.bis.1 se exige la concurrencia de los tres quintos del pasivo, pero se habla de forma más genérica de la mejora de condiciones de financiación, en el apartado 2. A cambio de no exigir mayoría concreta de pasivo, se incluyen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean rescindibles por causas distintas al incumplimiento de las condiciones.

Al no ser rescindibles, los acuerdos que reúnan las condiciones del artículo 71.bis no estarán sometidos a las presunciones sobre perjuicios patrimoniales del artículo 71, apartados 2 y 3, aun cuando impliquen actos de disposición de activo. Además, la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria -que sólo podrá basarse en el incumplimiento material de los requisitos del artículo 71.bis por los acuerdos acogidos aparentemente al mismo- sigue estando restringida al administrador concursal y limitada a la ausencia de las condiciones reguladas. También se limita al administrador concursal la legitimación para el ejercicio de las demás acciones de impugnación.

Muy destacable es, que como medida para incentivar la concesión de nueva financiación, se

Se exceptúa la OPA y la solicitud de dispensa a la CNMV, si las operaciones cumplen el acuerdo de homologado judicialmente

Se elimina la necesidad del informe de experto independiente, sustituyéndola por la certificación del auditor de cuentas

atribuya con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los alcanzados en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. La medida tiene carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos de tesorería producidos en dos años desde la entrada en vigor del RDL. Transcurridos los dos años desde su concesión, se considerarán crédito contra la masa.

Medidas para el 'fresh money' y las garantías reales

Actualmente sólo el 50 por ciento del dinero nuevo (*fresh money*) puesto en una refinanciación tiene el privilegio concursal, que implica que se abonan los créditos a su respectivo vencimiento. Este porcentaje se eleva temporalmente al 100 por ciento para dotar esta liquidez de la máxima protección concursal. El objetivo es incentivar la financiación adicional al ser imprescindible para garantizar la viabilidad transitoria de la empresa y hacer practicable el propio acuerdo. Quienes

hayán adquirido la condición de socios por la capitalización de deuda acordada en una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación.

Se permite, además, que en la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones se suspenda, durante cuatro meses, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También será viable suspender el resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros, siempre que, al menos, un 51 por ciento de los acreedores de pasivos financieros han apoyado el proceso negociador. Quedan excluidos de la suspensión, los procedimientos originados por créditos de derecho público.

Además, se limitan los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. Se excluyen de la suspensión de las ejecuciones de acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación.

Con respecto a la homologación judicial, se amplía el ámbito subjetivo, extendiéndose la posibilidad

Un nuevo supuesto declara los acuerdos no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo

Los socios que voten en contra de una propuesta de la banca de cambio de acciones por deuda responderán con sus bienes

dad de suscribir este acuerdo a todo tipo de acreedores de pasivos financieros, excluidos los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de derecho público.

Sindicaciones de pasivos financieros

Se contempla la posibilidad de que otros acreedores, que no sean de pasivos financieros ni de Derecho Público, se adhieran al acuerdo. También como novedad, en los préstamos sindicados, se entiende que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando vote a favor el 75 por ciento del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas de la sindicación establezcan una mayoría inferior. Si el 60 por ciento de los acreedores de pasivos financieros han acordado aplazamientos hasta cinco años y la conversión de créditos en préstamos participativos por el mismo plazo, estas medidas se extenderán a los acreedores disidentes sin garantía real. Si el acuerdo se suscribe por el 75 por ciento de los acreedores de pasivos financieros, se extenderá a los acreedores disidentes con esperas entre 5 y 10 años, quitas, conversión de créditos en acciones o participaciones del deudor, o créditos participativos, transformación de deuda en otro instrumento financiero distinto y cesiones de bienes en pago de deudas.

Actualmente, los acuerdos de refinanciación homologados no extienden sus efectos a créditos con garantía real -hipotecas, prendas, etcétera-. Con la reforma, estos créditos se ven afectados por el acuerdo homologado en la parte del crédito que exceda del valor de la garantía. Se extienden los efectos de esperas, conversión de créditos, etcétera, en los mismos términos que a los créditos sin garantía, y con las mismas mayorías. También, lo serán los afectados hasta el valor de la garantía para lo que se extienden los efectos del acuerdo, si lo acuerdan las mayorías del 65 y 80 por ciento, en función del valor de las garantías de los acreedores aceptantes.

Se reconoce la posibilidad de que los acuerdos de refinanciación homologados incluyan (y extiendan a los disidentes) la conversión de deuda en capital. El acuerdo de la junta de socios exigido al respecto es la mayoría simple, y se ofrece una alternativa de quita al acreedor disidente, que quedará a su elección. Por ello, una de la medida más controvertida se ha incluido en los artículos 165.4 y en el 172 y 172.bis, al establecer la presunción de culpabilidad del concurso si el deudor se hubiese negado sin causa razonable a la capitalización, que si bien para el Ministerio de Economía es una medida para romper las imposiciones de voto, para los expertos en Derecho Concursal, jueces y administradores consultados, se trata de un artículo que obliga a los socios a entregar la empresa a la banca y a los *fondos buitres* a cambios de la deuda.

Se entenderá que existe causa razonable si así se declara mediante informe emitido por experto independiente, siendo necesario además que el acuerdo propuesto reconozca a favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones suscritas por los acreedores, a resultados de la capitalización, en caso de enajenación posterior de las mismas.

Se encomienda al Banco de España que, en el plazo de un mes, establezca reglas homogéneas para mejorar la calificación de la deuda subsistente tras un acuerdo de refinanciación. Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, para hacer efectiva la paralización de las ejecuciones. Y en 2014, no computan las pérdidas por deterioro, reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, inversiones inmobiliarias, existencias o préstamos o partidas a cobrar, para que no agraven la insolvencia, o de la reducción de capital o disolución de la sociedad.

Las medidas de exención tributaria complementarias

La nueva normativa incluye diversas modificaciones tributarias que buscan hacer viables los incentivos para que los se involucren en la refinanciación. Se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para exonerar de tributación en los supuestos de capitalización de deudas, salvo que la misma hubiera sido objeto de una adquisición del acreedor por un valor mucho menor al nominal de la misma. Asimismo, en relación con el tratamiento fiscal de las rentas derivadas de quitas y esperas por la aplicación de la Ley Concursal, se determina en el nuevo texto normativo, un sistema de imputación diferida del ingreso generado en la base imponible, en función de los gastos financieros que después se vayan registrando. Además, se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En este caso, se amplía la exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a las escrituras que contengan quitas o minoraciones de los préstamos, créditos y demás obligaciones, con el objetivo de facilitar los acuerdos de refinanciación o de pago.

El blindaje de Hacienda y de la Seguridad Social expulsa de las mejoras a las pymes

XAVIER GIL PECHARROMÁN

Las pequeñas y medianas empresas (pymes) van encontrar poco beneficio y apoyo en el nuevo Real Decreto-ley de refinanciación, que modifica la Ley Concursal, puesto que el mayor volumen de deudas que las obliga a liquidar y cerrar sus puertas son las deudas contraídas con Hacienda y la Seguridad Social, que han quedado fuera de las posibilidades de negociación y por tanto deberán ejecutarse. Así lo han confirmado diversas asesorías fiscales y gestorías administrativas especializadas en la prestación de servicios a las pymes, consultadas por *Iuris&Lex*.

Las insolvencias reales en la economía española en 2013 se situaron en el entorno de las 80.000 empresas, que no pueden atender sus obligaciones con los trabajadores, por lo que se tendrá que subrogar el Fogasa en su posición.

Las deudas con las Administraciones públicas, en especial con Hacienda y Tesorería General de la Seguridad Social, se sitúan por encima de los 100.000 casos de solicitudes de aplazamientos y los fraccionamientos de las deudas con ellos y de los consecuentes procedimientos de garantías, en última instancia embargos y ejecuciones de bienes y derechos, según explica el informe del Registro de Economistas Forenses (Refor): *Las refinanciaciones y el tratamiento de insolvencias empresariales en la recuperación económica*, presentado la pasada semana. "Esto demuestra, de forma palmaria, el enorme desfase que existe entre las insolvencias reales que se producen y las que en última instancia se declaran", se afirma en el mismo.

Cuando las empresas dejan de pagar a las Administraciones públicas, se activan los mecanismos de seguridad y un régimen de sanciones muy elevado, y orden de prelación coloca el pago de estas deudas con privilegio especial, lo que hace que la situación financiera de la empresa se vuelva insostenible. Y ello, a pesar de que durante la fase de negociación con los acreedores particulares podrán blindarse ante las ejecuciones, las deudas con Hacienda no podrán ser minoradas ni aplazadas en los acuerdos de refinanciación.

El Registro de Economistas Forenses (Refor) incluyó la pasada semana entre sus propuestas en el informe, la necesidad de modificar la actual condición de privilegio que tienen, a la hora de cobrar deudas, Hacienda y la Seguridad Social.

El presidente del Consejo de Economistas, Valentí Pich se mostró convencido de que "la realidad es que una empresa con problemas, que no paga a Hacienda, acaba con una deuda inmensa. Las sanciones por retrasarse se acumulan una tras otra hasta hacer que sea imposible reflotar la compañía". Pich explica que es necesario ampliar los plazos para pagar la deuda, fraccionarla, e incluso aceptar rebajas en las sanciones y recargos, puesto que "con la actual Ley, las empresas están abocadas al cierre, y lo que acaban recaudando Hacienda y la Seguridad Social es una cantidad mínima".

Las insolvencias reales en la economía española en 2013 se situaron en el entorno de las 80.000 empresas

Los economistas del Refor demandan que se modifique en profundidad la posición de las Administraciones públicas

Para Leopoldo Pons, presidente del Refor y administrador concursal, "tanto Hacienda como la Seguridad Social deberían tener margen para negociar una vez declarado el concurso de acreedores". Según el Refor, hasta 65.000 empresas, 15.000 de ellas de calidad y el resto microempresas, sufren "riesgo de muerte" por falta de refinanciación.

La deuda en manos de las empresas es equivalente a cerca del 130 por ciento del PIB, lo que supone alrededor de 1,3 billones de euros. Los cálculos del Ministerio de Economía hablan de que se podría facilitar la refinanciación de hasta el 10 por ciento de esta cantidad, lo que arroja una suma cercana a los 130.000 millones de euros.

Por ello, los economistas del Refor demandan que se modifique en profundidad la posición de las Administraciones públicas tanto en los créditos contra la masa como en las posibles soluciones de los convenios. Además, que se reedifique la lógica del orden de pago de los créditos contra la masa, primando los factores de eficiencia y de necesidad frente a los de temporalidad o predominio subjetivo y regular claramente el orden de pago de créditos contra la masa cuando haya constancia de masa insuficiente para el pago de estos créditos.

Posiciones finales para España

España ocupa las últimas posiciones en el grado de utilización del proceso concursal dentro del conjunto de países de Europa Occidental. Considera el Refor que eso es lo que explica que buena parte de las muertes de empresas se realicen sin pasar siquiera por un procedimiento de insolvencia, a diferencia de lo que ocurre en otros países.

Comparado con el total de empresas, en España apenas se registraron de 2010 a 2012 una media de 19 procesos por cada 10.000 compañías, ocupando la penúltima posición, únicamente por encima de Grecia.

Es una característica común a otros países meridionales muy afectados por la crisis, como son Grecia, Italia y, en menor medida, Portugal. Otra forma de medir el peso de los concursos, explica el Refor, es ponerlos en relación al total de disoluciones de empresas. Mientras en Bélgica, la mitad de las liquidaciones se hacen mediante concurso, en España solo el 1,7 por ciento del total.

Los empresarios en dificultades pueden negociar un aplazamiento con Hacienda, pero se trata de Derecho Tributario, no Concursal. Hacienda concede aplazamiento o fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta, cuando afecten sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y al nivel de empleo de la actividad económica o producir graves quebrantos para los intereses del Fisco. Ningún aplazamiento solicitado por menos de 18.000 euros es admitido, de entrada, y el resto con muchos requisitos y garantías.



GETTY

Comentario al Real Decreto 4/2014: incidencias fiscales y contables

POR PEDRO MARTIN MOLINA Abogado, economista, administrador concursal

El pasado sábado 8 de marzo se publicaba el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, cuyo objetivo es agilizar y flexibilizar estos procesos y garantizar la supervivencia de sociedades que han acumulado una carga financiera excesiva, pero que son viables desde un punto de vista operativo, mediante fórmulas de refinanciación. Las reformas introducidas por el legislador inciden en asuntos contables y fiscales de gran trascendencia en estas compañías.

El pasado sábado 8 de marzo se publicaba el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, cuyo objetivo es agilizar y flexibilizar estos procesos y garantizar la supervivencia de sociedades que han acumulado una carga financiera excesiva, pero que son viables desde un punto de vista operativo, mediante fórmulas de refinanciación. Las reformas introducidas por el legislador inciden en asuntos contables y fiscales de gran trascendencia en estas compañías. Una novedad es la de permitir la homologación de quitas y la conversión de deudas. Si el 60 por ciento de los acreedores de pasivos financieros acuerdan esperas hasta 5 años y la conversión de créditos en préstamos participativos por el mismo plazo, estas medidas se extenderán a los acreedores disidentes sin garantía real.

Además, si el acuerdo ha sido suscrito por el 75 por ciento de los acreedores de pasivos financieros, se extenderán a los acreedores disidentes: esperas entre 5 y 10 años, quitas, conversión de créditos en acciones o participaciones del deudor, o créditos participativos, transformación de deuda en cualquier otro instrumento financiero de características distintas y cesiones de bienes en pago de deudas. Ahora bien, ¿qué tratamiento contable debe recibir la quita? Desde el punto de vista del prestatario, la quita es una condonación parcial o una ayuda financiera que concede el acreedor o prestamista con el objetivo de que la empresa deudora o prestataria con problemas de liquidez pueda seguir pagando los intereses y el reembolso de la deuda en menor cuantía.

Por lo tanto, la finalidad de la quita es la de facilitar la devolución del resto de la deuda a lo largo de varios periodos, y, en consecuencia, el efecto financiero de la ayuda conseguida debe registrarse a medida que se va cancelando la deuda pendiente a lo largo de esos periodos.

En este sentido, la Asociación Española de Contabilidad y Auditoría, Aeca (2009.02/210) se pronuncia sobre el tratamiento contable de los acuerdos de quita: "La condonación parcial o ayuda otorgada por el prestamista o acreedor, la quita, de naturaleza financiera, pero con un matiz: si la condonación parcial de la deuda o quita está condicionada a la realización de una serie de pagos en el futuro, el ingreso anterior debe distribuirse a lo largo de varios periodos para su imputación a pérdidas y ganancias, produciéndose ésta a medida que se van reembolsando o realizando pagos hasta el total de la cancelación de la deuda resultante del convenio de quita".

Sin embargo, tanto el Icac (BOICAC 76/2008) como la DGT sostienen que la quita de un concurso de acreedores deberá contabilizarse en el momento de la aprobación judicial del Convenio. Por tanto, de proceder como entiende la Administración Tributaria, la contabilización de los efectos del convenio de acreedores, cuando una empresa y los acreedores concursales tienen la intención de darle viabilidad y no de liquidar el negocio, en mi opinión conduce a una doble imposición: la derivada de la quita -ingresos por condonación de deudas- y la derivada de la espera, -reconocimiento de un ingreso financiero por el diferimiento de las deudas aplazadas-.

No obstante, es importante destacar la sentencia del Tribunal Supremo 7678/2011 que, ba-

Icac y DGT fijan que la quita del concurso debe contabilizarse en el momento de la aprobación judicial del convenio

Ello conduce, en mi opinión, a una doble imposición: la derivada de la quita y la derivada de la espera

sándose en una resolución del Teac, en el sentido de fijar el momento de reconocimiento de ingresos por la condonación a medida que se cumplan con el resto de acuerdos, al considerar el momento de la perfección del convenio en la medida que los pagos parciales se van produciendo, desestimando, pues las pretensiones de la Administración del Estado. Dispone en su sentencia: "Resulta indudable que la firma del Convenio no supone sin más la extinción de la parte de la deuda condonada mediante la quita, ya que habiéndose establecido para el resto de la deuda unos pagos parciales a partir de su celebración, el convenio no se perfecciona hasta que esos pagos parciales no se vayan realizando, de tal forma que si se produce el incumplimiento del abono en dichos plazos, el convenio puede quedar sin efecto -si así lo acuerda la Comisión de Acreedores- y por tanto, no haya incremento patrimonial que imputar al sujeto pasivo."

Con este Real Decreto Ley, se modifica, sustancialmente, la tributación del ingreso correspondiente al registro contable de quitas y esperas (artículo 19.14 TRLIS). Se establece un criterio especial de imputación del ingreso correspondiente a quitas y esperas consecuencia de la aplicación de la Ley Concursal. La imputación fiscal de dicho ingreso no se realiza en la fecha de la aprobación del convenio o acuerdo, sino que se imputará en la base imponible a medida que proceda registrar los gastos financieros derivados de la misma deuda: se aprueba un sistema de imputación diferida del ingreso generado en la base imponible. Si el ingreso es superior a los gastos financieros pendientes de registrar, la imputación del ingreso será proporcional a los gastos financieros registrados sobre el total de gastos financieros. Dicho criterio se tendrá en cuenta para ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2014.

Otro aspecto significativo es la ampliación de la exención en el ITPAJD en su artículo 45.I.B.19), por el que se declaran exentas las escrituras que contengan quitas o minoraciones de las cuantías de obligaciones del deudor incluidas en acuerdos de refinanciación o en acuerdos extrajudiciales de pago establecidos en la Ley Concursal, si el sujeto pasivo es el deudor. Es una forma de facilitar los acuerdos de refinanciación o de pago, con efecto a partir del 9 de marzo de 2014.

Por último, se modifica el TRLIS en el artículo 15 apartados 1, 2 y 3: se establece la ausencia de tributación en los supuestos de capitalización de deudas, salvo que la misma hubiera sido o de una adquisición derivativa por el acreedor por un valor distinto al nominal de la misma. Este ingreso contable, no se considera ingreso fiscal, para no agravar la situación de la prestataria en dificultades. En el caso de ampliaciones de capital por compensación de créditos, la sociedad prestataria que tiene problemas de solvencia obtendrá un ingreso contable que resulta de la diferencia entre el valor razonable de la deuda que se da de baja y el valor de dicha deuda en libros -que normalmente será menor-. Como hemos comentado el ingreso contable será un ingreso no fiscal según la nueva normativa, a través de ajuste permanente.

Se modifica el TRLIS en el artículo 15: se establece la ausencia de tributación en los casos de capitalización de deudas, salvo que la misma hubiera sido o de una adquisición derivativa por el acreedor por un valor distinto al nominal de la misma. Este ingreso contable, no se considera ingreso fiscal, para no agravar la situación de la prestataria en dificultades. En las ampliaciones de capital por compensación de créditos, la sociedad prestataria que tiene problemas de solvencia obtendrá un ingreso contable que resulta de la diferencia entre el valor razonable de la deuda que se da de baja y el valor de dicha deuda en libros.

Informe Anual 2013 del Defensor del Pueblo

Becerril insiste en la necesidad de ayudar a familias sobreendeudadas

TERESA BLANCO

La defensora del Pueblo, Soledad Becerril, ha entregado a las Cortes el *Informe Anual 2013 del Defensor del Pueblo*, en el que, para empezar, recuerda el estudio del Defensor *Crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas*, presentado en noviembre, en el que la institución propuso establecer “un procedimiento específico para regular la insolvencia personal de particulares de buena fe sobreendeudados, basado en la cultura del pago”. Entonces, puso de manifiesto la necesidad de “aliviar la carga financiera de las familias más endeudadas y evitar su exclusión social” ofreciendo una segunda oportunidad a los deudores de buena fe. Sin embargo, advierte en su Informe de que todavía está a la espera de respuesta de la Administración.

Insiste por ello ahora en que dicho procedimiento “tiene que ser fácil, eficaz y gratuito, y debe conciliar los intereses de acreedores y deudores”, al tiempo que “la resolución final debe fijar la quita, el plan de pagos, las condiciones y el plazo de vigencia”, así como en la necesidad de revisar la legislación española “para evitar que un alto número de familias se vean abocadas a la pérdida de todos sus bienes, sin posibilidad de reconducir sus vidas laborales, profesionales y personales”. Asimismo, si bien se enorgullece de que determinadas recomendaciones han sido aceptadas, como el Código de Buenas Prácticas bancarias o la elevación del salario inembargable, sin embargo, lamenta que estas medidas han sido a todas luces “insuficientes” dados los estrictos requisitos exigidos para poder beneficiarse de ellas.

Además del alarmante problema del sobreendeudamiento de las familias, el Informe hace referencia a las elevadas quejas que los ciudadanos han presentado con motivo de las participaciones preferentes; la problemática a la hora de llevar a cabo su tributación; las polémicas tasas judiciales o las quejas y consultas derivadas de la inquietante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se anuló la llamada 'Doctrina Parot'. Y es que, este año, el Informe recoge una cifra histórica de resoluciones, durante 2013 se formularon 711 recomendaciones, sugerencias y recordatorios de deberes legales a la Administración. Vayamos por partes.

Asimismo, explica el Informe que el Defensor del Pueblo ha recibido este año 22.692 escritos de queja de los ciudadanos, a los que hay que añadir 10.128 escritos de solicitudes de recurso de inconstitucionalidad. Y explica que hay que tener en cuenta que una parte de esos escritos van acompañados por un número significativo de firmas, “de manera que la suma total de ciudadanos que han acudido por escrito a la Institución es de 280.852”.

Ley de Tasas y 'Doctrina Parot'

Recuerda el Informe que tras la publicación de la Ley de Tasas Judiciales, la defensora formuló al Ministerio de Justicia recomendaciones para modificar aspectos sustanciales de esta norma. A este respecto, se congratula de que “en tan sólo 12 días desde la presentación de las recomendaciones la mayoría fueron aceptadas y se produjo el cambio legislativo” de modo que se redujeron en un 80 por ciento las tasas variables, al tiempo que se incrementó el número de personas beneficiarias de justicia gratuita y, por tanto, exentas de tasas judiciales, y se eliminaron las

Lamenta que el Gobierno no haya adoptado aún un ‘proceso específico’ para tratar la insolvencia personal de particulares

Ha hecho llegar al Banco de España “la necesidad de que los bancos facilitaran el arbitraje a las víctimas de las preferentes”



La defensora del Pueblo, Soledad Becerril. EFE

tasas, tanto fijas como variables, para algunos colectivos.

Por otro lado, hace referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del mes de noviembre, de obligado cumplimiento, que dejó sin efecto la aplicación de la conocida como *Doctrina Parot*, en relación con el cumplimiento de las penas. Una sentencia que, reconoce “ha sido muy dura para España y para las víctimas del terrorismo, que así lo han manifestado ante el Defensor y han querido conocer cómo ha sido la defensa de la posición española, así como las medidas tomadas tras las excarcelaciones para evitar actos de enaltecimiento del terrorismo”.

A este respecto, explica que las respuestas obtenidas fueron remitidas a aquellas víctimas que habían pedido al Defensor su actuación, “y que cuentan con todo el apoyo y comprensión de la Institución, pues la sociedad española está en deuda con ellas”. Y añade que la defensora “no comparte esta sentencia debido al dolor y la desolación de las víctimas del terrorismo ante un fallo que beneficia a quienes conculcaron reiteradamente el derecho a la vida, la integridad física y moral de tantas personas”.

El problema de las preferentes

Por otra parte, explica que las quejas sobre las participaciones preferentes han continuado durante todo el

año 2013. En este sentido, asegura el Informe que el Defensor ha hecho llegar al Banco de España en varias ocasiones “la necesidad de que las entidades financieras facilitaran el arbitraje a todas aquellas personas que se han sentido engañados sobre el producto financiero, complejo y sofisticado, que se les había vendido sin reunir las condiciones de idoneidad y conveniencia del consumidor”. Además, añade que “aunque son muchas las personas que, en este momento, han obtenido la restitución de sus ahorros o de una parte de ellos, la Institución sigue atentamente los procesos de arbitraje y sus resoluciones”.

Precisamente el estudio sobre las participaciones preferentes que la institución presentó en marzo, se concretaba con una serie de recomendaciones al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, del Ministerio de Economía y Competitividad, “para paliar el problema social creado por las entidades financieras”. Entre otras, la defensora recomendó imponer como cautela un período mínimo de reflexión previo a la contratación de determinados productos; que la CNMV aprobara unos modelos de contrato marco para las relaciones inversor/minorista con las sociedades

Las cifras de solicitudes de recursos de inconstitucionalidad “han disminuido considerablemente con respecto a 2012”

La carga fiscal que soportan los contribuyentes “es una cuestión constante en las reclamaciones de los ciudadanos”

de inversión; la elaboración de un Código vinculante de buenas prácticas; o el control de incentivos al personal que comercializa los productos cuando son empleados de la entidad. Además, ofreció una serie de recomendaciones de medidas paliativas para encontrar vías de solución para las personas que invirtieron en preferentes y no han podido recuperar su inversión ni han obtenido ninguna compensación como el arbitraje universal para todas las entidades intervenidas. Explica el Informe Anual que la CNMV ha aceptado la posibilidad de incluir un filtro en los órganos decisores de las entidades financieras, para la distribución de productos complejos por la red, así como la elaboración de una Circular de Control Interno de la CNMV, que se encuentra en tramitación y contempla un procedimiento de control específico dedicado a la política de lanzamiento de productos y la educación financiera. Así, se enorgullece el Informe de que la *Subcomisión de Transparencia de Productos Financieros* de la Comisión Económica del Congreso “ha recogido casi todas las recomendaciones” hechas por la defensora. Eso sí, la recomendación sobre la abstención de las entidades financieras de ofrecer a los clientes productos no adecuados a su perfil y a sus deseos, fue rechazada, así como el control para la distribución de productos complejos, puesto que ya existe esa obligación en la legislación vigente, a pesar de no haber dado los resultados previstos.

Reclamaciones constantes en materia de impuestos

Por otro lado, asegura que la carga fiscal que soportan los contribuyentes “es una cuestión constante en las reclamaciones que presentan los ciudadanos, que han visto reducidos sus ingresos e incrementada su obligación de contribuir por ellos, ya que la Administración ha revisado las tarifas de los distintos impuestos pero no los importes de las reducciones, exenciones, deducciones y los límites de la no sujeción por razón de la cuantía”.

En concreto, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) es el tributo estatal que más quejas origina. El Defensor del Pueblo insiste en que “es necesaria la mejora de los servicios de información que presta la AEAT, vía telefónica y presencial, especialmente en el servicio de cita previa, que pone a disposición de los contribuyentes cada año para presentar la declaración”. En concreto, en las diligencias de embargo de créditos asegura que “los ciudadanos no alcanzan a comprender el contenido de las mismas ni qué trámites se les exigen al respecto”. Y añade que es “especialmente sensible” el caso de las diligencias de embargo de la renta arrendaticia “pues muchos de los inquilinos que las reciben no entienden el fin que persiguen”.

Por otro lado, el Informe asegura que desde finales de 2013 la institución ha recibido numerosas quejas sobre la obligatoriedad, a partir del 1 de enero de 2014, de presentar la declaración del IVA exclusivamente a través de Internet. Por ello, la institución ha solicitado a la Agencia Tributaria (AEAT) que permita su presentación en papel, como se hacía hasta ahora, ya que, “para poder cumplir con sus obligaciones tributarias, los ciudadanos necesitan medios que, en algunas ocasiones, no están a su alcance, como ordenador personal, conexión a Internet y conocimientos de informática”.

Pago a proveedores y viviendas protegidas vacías

Recuerda, por otro lado, que en 2013 se publicó el estudio *Viviendas Protegidas Vacías* con el

Se han recibido numerosas quejas sobre la obligatoriedad de presentar la declaración del IVA exclusivamente ‘online’

Al cierre del Informe Anual “no hay respuesta sobre las recomendaciones en materia de viviendas protegidas vacías”

objetivo, explica el Informe Anual, de “conocer su número y las causas por las que no estaban ocupadas”. El estudio calculó que hay en España más de 10.000 viviendas de protección desocupadas y disponibles en manos de las administraciones. Al otro lado de la balanza, 300.000 personas inscritas como solicitantes de vivienda protegida.

Por ello, una de las principales propuestas de la Institución fue recomendar la recalificación del régimen de protección de las viviendas que estén destinadas a la venta hacia un régimen de alquiler, por razones de interés público o social y siempre respecto de viviendas protegidas en régimen de venta, incluso si están ocupadas. También se recomendó que la renta de alquiler se determine de manera que sea más accesible para quienes no puedan acceder a una vivienda libre y permita a las personas, que ya disfrutaban de una vivienda protegida en alquiler, poder quedarse en ellas.

A juicio de Defensor es importante que la renta de alquiler no supere el 30 por ciento de los ingresos de la unidad familiar, ni el 3 por ciento del precio determinado para viviendas del entorno por la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb). Y todo ello, sin perjudicar a los promotores. Dicho esto lamenta que a la fecha de conclusión del Informe Anual “se carece de respuesta a las citadas recomendaciones”.

Quejas de abogados y procuradores

Otro de los temas abordados en el Informe es el funcionamiento del Turno de Oficio de la Abogacía del que, asegura, se recibieron en 2013 un total de 65 quejas, tres más que el año anterior. A este respecto, dice el Defensor que “se mantiene la preocupación por los retrasos en el cobro de los abogados adscritos al Turno por los problemas financieros de las administraciones pagadoras”. En relación a los procuradores, recuerda la recomendación efectuada al Ministerio de Economía con el propósito de preservar el modelo de procurador de los tribunales, que tan buenos resultados ofrece a la Administración de Justicia, en el marco de la futura Ley de Colegios Profesionales. Otras de las recomendaciones aceptadas por el Gobierno pasan por la solicitud hecha por la defensora al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que los funcionarios, cuyos hijos tienen enfermedades graves, tengan derecho al permiso laboral en las mismas condiciones que los padres incluidos en el régimen general de la Seguridad Social.

Copago farmacéutico y sanidad a inmigrantes, aún sin respuesta

A pesar de las ‘buenas noticias’ por las recomendaciones aceptadas, sin embargo, el Informe asegura que siguen habiendo muchas recomendaciones de la Institución que la Administración no ha aceptado o no ha contestado aún. Se refiere el Informe, entre otros muchos extremos, a la no asistencia sanitaria gratuita a inmigrantes en situación no regular, con excepción de menores, mujeres embarazadas y enfermedades graves, que “ha preocupado a esta Institución, que ha formulado recomendaciones que no han sido aceptadas”. Eso sí, indica que comunidades autónomas y organizaciones no gubernamentales ya han habilitado sus propios procedimientos para alcanzar la atención necesaria. Por otro lado, se refiere el Defensor del Pueblo a la introducción del copago farmacéutico que “ha dado lugar a quejas, basadas en las cuantías para personas con rentas bajas y discapacidad”. Tampoco aquí han sido aceptadas las recomendaciones efectuadas que solicitan la exención para estas personas no han sido aceptadas, si bien, asegura el Informe Anual “existe el compromiso por parte de la Administración de replantear los porcentajes de pago”.

En el marco de un Expediente de Regulación de Empleo

Nueva doctrina del Supremo sobre despido y cierre del centro de trabajo

XAVIER GIL PECHARROMÁN

La empresa no puede optar por la readmisión del trabajador, tras una declaración en firme de despido improcedente, si han variado sustancialmente las condiciones que regían antes de producirse el despido, como sucede al haberse cerrado el centro de trabajo en que prestaba servicios.

Así, se establece una sentencia del Tribunal Supremo, que sienta jurisprudencia sobre despidos colectivos (ERE) que pueden afectar a empresas importantes.

El ponente, el magistrado Salinas Molina, establece que no puede entenderse que el empleador pudiera elegir el cumplimiento de la sentencia firme optando por readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido, pues era imposible que así pudiera efectuarlo sin contar con la voluntad de ésta.

La interpretación que debe darse a los artículos 53.5 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores le lleva a considerar que al realizarse la readmisión en condiciones distintas a las que regían antes del despido debe declararse irregular y por tanto se declare la extinción del contrato indemnizada.

Esta modificación sustancial de condiciones, que es el traslado de centro de trabajo, por sus especiales características, es una trascendente novación del contrato que supone una transformación de los aspectos fundamentales de la relación jurídico-laboral e implicaría para la trabajadora una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable.

La sentencia da la razón a la empleada y condena a abonarle una indemnización de 45 días por año trabajado, así como los salarios dejados de percibir desde que se declaró la improcedencia del despido hasta ahora.

La empleada trabajaba en el centro que la sociedad tenía en Zaragoza y, tras ser declarado el despido improcedente, la empresa le ofreció la readmisión en el centro, a su elección, de Barcelona, Tarragona, Madrid o Melilla.

Ésta consideró ilegal la propuesta de la empresa y lo planteó en ejecución de sentencia ante el Juzgado de lo Social, que rechazó que la readmisión acordada por la empresa fuese irregular, por lo que no acordó la extinción de la relación laboral. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón confirmó ese fallo.

La mujer apeló al Supremo invocando una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Gali-



GETTY

Cuando la oficina desaparece y el despido se declara improcedente, el empresario sólo puede indemnizar

No es válida la readmisión en un centro de trabajo distinto, por variar sustancialmente las condiciones que regían

Modificación sustancial de condiciones sin acuerdo con los trabajadores

Cada rebaja salarial adoptada por la empresa es recurrible, aunque emane del mismo texto

X. G. P.

Una rebaja salarial impuesta unilateralmente por la empresa a los trabajadores por motivos económicos, que es aceptada por los tribunales no presupone la aprobación de otras reducciones que con el tiempo pueda hacerse, según establece una sentencia del Tribunal Supremo. El ponente, el magistrado De Castro Fernández, establece que toda futura modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como puede ser una reducción de las comisiones de venta a los trabajadores, por exclusiva voluntad de la empresa, prescindiendo del acuerdo con la representación social, "por fuerza ha de someterse -si media impugnación- al mismo control judicial que la ya adoptada". En estos casos, el juez tomará su decisión dependiendo de la importancia de la medida empresarial adoptada y de su racionalidad, que deberá determinarse en el juicio que habrá de hacer el juez a la vista de las circunstancias justificativas que concurran en ese momento y que resulten acreditadas en el correspondiente proceso judicial. En el texto de la sentencia, De Castro Fernández advierte que en este caso hubo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, adoptada por la dirección de la empresa de manera unilateral, que parece ser de tipo "abierto y comprensiva de futuras decisiones sobre los mínimos de ventas que en cada momento pueda considerar unilateralmente la empresa como suelo para devengar comisiones". En este sentido, la novedosa redacción legal que ha supuesto la reforma laboral de 2012, "incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las razones -y las modificaciones- guarden relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa". (TS, 27-01-2014)

cia, de 27 de marzo de 2012, que había considerado irregular una readmisión de una trabajadora despedida en centro distinto al suyo por cierre.

La sentencia cuenta con el voto particular del magistrado De Castro Fernández, al que se ha adherido el magistrado López García de la Serrana, que considera que no hay contradicción entre las sentencias de Galicia y de Aragón, ya que en esta decisión recurrida, el cierre del centro de trabajo se produjo simultáneamente al cese de los trabajadores, de forma que el cierre existía al llegar el despido. Estima que los supuestos decididos en cada resolución judicial no son homogéneos para apreciar la divergencia doctrinal, por cuanto que las diferencias existentes bien pudieran justificar un pronunciamiento diferente en orden a la regularidad o irregularidad de la readmisión ofertada. (TS, 27-12-2013)

La empresa, y no el empleado, debe probar que el traslado no discrimina

La empresa -y no la trabajadora, en este caso, con un hijo en periodo de lactancia- está obligada a demostrar que el traslado de una empleada de un centro de Madrid a otro de Cataluña no vulnera el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo e incumple el acuerdo laboral con los representantes de los trabajadores. Así lo determina una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dispone que no es dudoso que una decisión como un traslado a localidad tan distante teniendo a cargo a un hijo de muy poco más de un año, es considerablemente desalentadora respecto a la conservación del empleo de la trabajadora. Por ello, el ponente, el magistrado Juanes Fraga, concluye que no es difícil deducir que en "una población lejana y con la que no consta que tenga vinculación alguna la actora vería sumamente dificultada o imposibilitada la compatibilidad de la atención al menor con las obligaciones laborales". En este aspecto recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) sobre la dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral. La sentencia añade que "ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional". (TSJ de Madrid, 03-02-2014)

Pensión compensatoria para una mujer que trabajó durante 14 años

El Supremo acaba de reconocer el derecho de una mujer que dedicó 21 años de matrimonio al cuidado de sus hijos y otros 14 a trabajar a cobrar una pensión compensatoria de 400 euros mensuales. Ésta se suma a la pensión por su cotización a la Seguridad Social, de 519 euros al mes. Se trata de un fallo del que es ponente el magistrado Arroyo Fiestas, que analiza el caso de una mujer que se dedicó por completo al cuidado de sus hijos y del hogar durante 21 años. Posteriormente trabajó por cuenta ajena, pero de forma temporal y discontinua, en periodos cortos. Como respuesta, la Sala declara que "en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta el amplio periodo de tiempo que la demandante se dedicó en exclusiva a las atenciones familiares y su influencia negativa" en su desarrollo profesional. Del mismo modo, "ese prolongado lapso de dedicación a la familia es el que determina que la pensión cotizada -que percibe la mujer- sea inferior, lo que exige la oportuna compensación". Este dato, "de esencial importancia y recogido expresamente como uno de los elementos a valorar en el artículo 97 del Código Civil, provoca un desequilibrio entre uno y otro de los cónyuges, en relación con sus respectivas situaciones económicas, habida cuenta que por la discapacidad y edad de ella no es previsible que pueda mejorar su situación profesional o económica". (TS, 21-02-2014)

La presencia del notario en la junta no avala la legalidad de los poderes

La intervención del notario en la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada (SL) no garantiza que los poderes presentados por quienes comparecen en representación de socios cumplan los requisitos legales, según establece una sentencia del Tribunal Supremo. El ponente, el magistrado Saraza Jimena, estima que la normativa societaria y notarial sólo le impone, al ser requerido por los administradores para asistir a la celebración de la junta y levantar acta de la reunión, juzgar la capacidad del requirente y, salvo que se trate de junta o asamblea universal, verificar si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios, denegando en otro caso su actuación. Así se regula en el artículo 101.1 del Reglamento del Registro Mercantil. El notario que asiste a la junta para levantar el



acta no realiza funciones de calificación de la legalidad de la actuación de los miembros de la mesa ni de la regularidad y licitud de los acuerdos que se adoptan. Tampoco tiene efectos sobre la suficiencia de los apoderamientos de quienes comparecen en representación de socios. Las normas exigen que se elabore una lista de asistentes y que se indique qué socios asisten personalmente y cuántos por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Sin embargo, la normativa no exige que se unan al acta de la junta los poderes de los asistentes que comparezcan representados, tenga o no el carácter de acta notarial. Señala el ponente que, de esta forma, si al constituirse la junta alguno de los asistentes impugna la aceptación de la comparecencia de uno de los socios que pretende asistir representado, por no ajustarse el apoderamiento presentado a las exigencias legales, y pese a ello la mesa de la junta acuerda incluirlo entre los asistentes por considerar suficiente el poder aportado, es la sociedad, por medio de quienes presiden la junta, la que ha de asegurarse de justificar documentalmente la suficiencia de dicho poder para el caso de que los acuerdos que se adopten sean impugnados por dicha causa. (TS, 12-02-2014)

Cláusulas de ejecución hipotecaria

El juez del Juzgado de Primera Instancia de Miranda de Ebro ha planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si un juez nacional puede, en circunstancias concretas, controlar si las cláusulas de una ejecución hipotecaria son abusivas -en este caso, intereses de demora y de vencimiento anticipado-. En concreto, el juez Losada Durán plantea esta cuestión a partir de un proceso de ejecución hipotecaria

dirigido a una mujer que dejó de pagar tres meses de hipoteca. El problema reside en que la Ley española permite al banco reducir el importe de los intereses de demora en lo que excedan de tres veces el interés legal del dinero. Ahora bien, la deudora sostiene que el Derecho de Consumo de la UE sanciona con la inaplicación de aquellas cláusulas que sean abusivas, que los intereses moratorios eran abusivos por superar el límite legal de la norma española y que el banco no podía reducir su importe a dicho límite, sino que no podía reclamarlos. (Juzgado de Primera Instancia de Miranda del Ebro, 17-02-2014)

El dictamen arbitral sólo tiene valor de prueba y puede revisarse en juicio

Los dictámenes arbitrales -en este caso, un informe emitido por una consultora en el marco de una operación societaria- sólo tienen valor de prueba en un proceso judicial y, por tanto, pueden revisarse y anularse por el juez si éste se fundamenta en criterios no razonables o arbitrarios. Así lo fija una sentencia del Tribunal Supremo, de la que es ponente el magistrado Sastre Papiol, en la que se estudia un supuesto en el que cinco personas eran titulares de una sociedad de responsabilidad limitada, a través de una comunidad de bienes. En cierto punto decidieron la salida de uno de los socios, dividiendo la comunidad para que, una vez adjudicadas las participaciones de cada socio, se amortizaran las de aquel que dejaría la empresa. Para llevar a cabo esta operación, las partes acordaron someterse a lo que la propia sentencia define como “una especie de arbitraje”, o lo que es lo mismo, una valoración llevada a cabo por la consultora KPMG, en calidad de arbitrador. Tras valorar el resultado del informe, los socios entendieron que el árbitro no cumplió el encargo dado por las partes, al apartarse de las instrucciones recibidas. Para los socios, además, la consultora no tuvo en cuenta la situación de crisis inmobiliaria que “infravaloraba gran parte del patrimonio de los recurrentes, por lo que la valoración no se adecuaba a la realidad del caso concreto”. (TS, 18-02-2014)

Es deducible el alquiler de vivienda a una sociedad para un empleado

Es deducible en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) del arrendador, el alquiler de vivienda a una empresa para usarla como vivienda habitual de alguno de sus empleados, según establece una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La sentencia, que anula una resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional, reconoce que “la cuestión no es pacífica”, puesto que hay resoluciones contradictorias, como la del TSJ de Madrid de 14 de julio de 2010, o la del propio TSJ de Cataluña, de 11 de mayo de 2011. El fallo estima que la finalidad del contrato es únicamente la de vivienda, con identificación del inquilino. Esta finalidad es la que el legislador tuvo en consideración en la configuración de la exención, sin que de la redacción del artículo 20.1.23 de la Ley del IRPF se exija otra condición. Así, “la no estimación de la exención, en los términos propuestos por la Administración, supone la exigencia de requisitos no previstos por la norma”, añade. Además, los razonamientos del acto impugnado y las alegaciones del escrito de recurso no permiten apartarse de este criterio, que considera plenamente trasladable al caso de un arrendador que alquila una vivienda a una persona jurídica que se utiliza como vivienda habitual de un empleado, conforme a los principios de unidad de doctrina, igualdad y seguridad jurídica. (TSJ de Cataluña, 21-02-2014)

El Supremo fija que la presentación del imputado ante el juez reduce condena

La obligación de comparecer periódicamente en un juzgado o comisaría, adoptada por un juez como medida cautelar, “puede ser compensada con días de reducción de condena, según establece una sentencia del Tribunal Supremo”. El fallo recoge un acuerdo mayoritario de la Sala de lo Penal del Alto Tribunal, de 19 de diciembre de 2013, aunque cuenta con un voto particular de los magistrados Miguel Colmenero y Cándido Conde-Pumpido, al entender que no existe ninguna norma ni precepto constitucional que imponga una compensación de ese tipo con carácter general, puesto que la obligación de comparecencia es inherente a la situación de libertad provisional del imputado, por la que debe mantenerse a disposición del tribunal. Ambos magistrados consideran que la Ley no prevé ninguna compensación por



THINKSTOCK

la restricción de derechos a los que afecten. Por el contrario, la doctrina mayoritaria interpreta que los artículos 58 y 59 del Código Penal sustentan el pago del cumplimiento de esas comparecencias periódicas, y concluyó que son medidas cautelares que pueden ser compensadas. El ponente, el magistrado Manuel Marchena, subraya que la libertad provisional con obligación de comparecencia es una medida cautelar, y supone una intromisión en el ámbito de la libertad del imputado, si bien de efectos más limitados que la propia de la prisión provisional. Admite por ello el deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar. En enero de 2013, la Audiencia tinerfeña aceptó la petición de un penado, condenado a tres años de cárcel por delito contra la salud pública, de que le fuera compensada la medida cautelar de obligación de comparecer en el Juzgado los días 1 y 15 de cada mes, a razón de un día por cada diez comparecencias, lo que totalizó cuatro días de abono de su pena de prisión. La sentencia del Supremo entiende que el cómputo realizado por la Audiencia de Tenerife, de abonar un día por cada diez de comparecencias, es “ejemplar”. (TS, 07-02-2014)

Derecho al honor de los políticos

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha estimado un recurso de casación en materia de derechos fundamentales en un supuesto de conflicto entre el derecho al honor del alcalde de Salamanca y la libertad de expresión del periódico *La Gaceta Regional de Salamanca*, que publicó un artículo en el que se calificaba al alcalde de “chalado” en un contexto de crisis política por la destitución o la ratificación del coor-

dinador de un centro de arte de la ciudad. La sentencia, de la que es ponente el presidente de la Sala, el magistrado Marín Castán, estima el recurso de casación interpuesto por el periódico revocando la decisión de la instancia que había considerado que el término utilizado suponía un insulto no amparado por la libertad de expresión. La resolución declara que no es competencia de los tribunales establecer en abstracto si una determinada palabra está permitida o prohibida, sino valorar si su uso en un determinado contexto permite afirmar si la libertad de opinión se ha ejercido en el caso de un modo constitucionalmente legítimo. (TS, 18-02-2014)



El curioso caso del recargo menguante

POR ESAÚ ALARCÓN Jurista y profesor de la Universidad Abat Oliba CEU

La naturaleza de los otrora llamados recargos de prórroga ha estado marcada por su doblez ontológica: por un lado, tienen un carácter indemnizatorio por el retraso en el pago de la obligación tributaria; por otro, su escalado porcentual y su compatibilidad parcial con los intereses de demora disuaden del cumplimiento tardío y les dan cierto carácter punitivo. Esas peculiares características nacen de la propia voluntad del legislador que, con la creación de tal esquizofrénica figura, quiso evitar que el mero ingreso extemporáneo de una declaración tributaria conlleve la carga para el fisco de dar inicio a un farragoso expediente sancionador.

La naturaleza de los otrora llamados recargos de prórroga ha estado marcada por su doblez ontológica: por un lado, tienen un carácter indemnizatorio por el retraso en el pago de la obligación tributaria; por otro, su escalado porcentual y su compatibilidad parcial con los intereses de demora disuaden del cumplimiento tardío y les dan cierto carácter punitivo.

Esas peculiares características nacen de la propia voluntad del legislador que, con la creación de tal esquizofrénica figura, quiso evitar que el mero ingreso extemporáneo de una declaración tributaria conlleve la carga para el fisco de dar inicio a un farragoso expediente sancionador. En efecto, se logra desconectar a los recargos por extemporaneidad tanto de la exigencia de culpabilidad, dándoles un carácter objetivo, como

del régimen jurídico del proceso sancionador, con sus garantías y peculiaridades.

Así, al encontrarnos con un *tertium genus suasorio* para el cumplimiento en plazo de las obligaciones tributarias, se ha ido generando una inacabable controversia judicial y, ello, a pesar de que el Tribunal Constitucional declaró la validez del recargo por extemporaneidad al no advertir en él finalidad represiva, sino resarcitoria.

No obstante, las asperezas propias de su régimen se han ido limando y, así, su trayectoria vital se ha visto menguada, a la manera en que le ocurre al protagonista de la novela de Scott Fitzgerald que, habiendo nacido anciano, va haciéndose joven hasta morir cual neonato.

La transformación la inició también el Constitucional, que derogó el originario recargo único del 50 por ciento porque, con la aplicación de un porcentaje tan abultado, se apreciaba una función de castigo propia del régimen sancionador tributario. De ahí se pasó a un régimen que parte de unos porcentajes más laxos, del 5 al 20 por ciento de la deuda tributaria ingresada fuera de plazo, con la posible exigencia paralela de intereses de demora.

El nuevo recargo, lejos de reducir los conflictos, generó una enorme discusión en torno a si resultaba aplicable solo en caso de que la declaración extemporánea se identificara como tal o también cabía en aquellos casos -el famoso decalaje- en que el contribuyente ocultaba la extemporaneidad al incluir las cuotas en una declaración posterior.

El patetismo propio de las relaciones tributarias determinó que la discusión llegara al Supremo en 2010, siete años después de que la ley cambiara su tenor literal para solventar el caos y cuando las resoluciones de los diversos tribunales superiores de justicia eran ya cosa juzgada. Ello no empece que los últimos estertores de ese debate hayan llegado a una SAN del pasado 21/11/13 que, aceptando la sancionabilidad de decalaje como dictaminó el TS, se saca de la chistera un extraño cálculo de la sanción para ajustarla al principio de proporcionalidad.

La norma actual regula, como la anterior, unos recargos porcentuales, con la obligada identificación de la declaración que da lugar al ingreso extemporáneo, con una posible reducción del 25 por ciento por pronto pago y una mecánica liquidatoria en la que se ha introducido de facto -

La norma actual también regula recargos, con identificación de la declaración que da lugar al ingreso extemporáneo

Sin embargo, la praxis judicial ha reconsiderado casos en los que debería haberse liquidado el recargo por extemporaneidad

¡Dios existe!- una inútil audiencia al interesado que solo sirve para cubrir un baldío expediente de cumplimiento de los derechos del contribuyente.

Sin embargo, la praxis judicial ha reconsiderado ciertos casos en los que *stricto sensu* debería haberse liquidado el recargo por extemporaneidad, siendo paradigmática una resolución del TEAR de Madrid de 23/2/11 que dio a luz un nuevo concepto tributario, la autoliquidación con error de hecho (*sic*), impidiendo la liquidación del recargo al argumentar, lacónicamente, que un error de cálculo lo que daría lugar es a un interés de demora y no a un recargo.

La Audiencia Nacional -sentencias de 30/03 y 12/12/11- también considera que tal recargo sólo puede aparecer cuando la extemporaneidad deriva de la inacción del contribuyente y no a consecuencia de actuaciones de comprobación de un ejercicio anterior que tengan incidencia en una cuota tributaria posterior.

Asimismo, diversa jurisprudencia menor excluye los recargos en casos fortuitos o de fuerza mayor o al acreditarse errores informáticos que impidieran presentar la declaración en plazo.

En definitiva, se ha flexibilizado la aplicación del recargo en casos en que por un principio de justicia material, la extemporaneidad no resulta imputable al contribuyente, aceptándose su aparición en caso contrario, a veces a regañadientes, como ocurre con una reciente resolución de la Audiencia Nacional -de 19 de diciembre de 2013- que, como diría su ponente, *con sabor amargo* lamenta que su imposición puede parecer "draconiana", "injusta y desproporcional".

Quizá sea tiempo de replantearse conceptualmente esta figura que deja en peor condición al contribuyente que cumple, si quiera fuera de plazo, que al que oculta rentas que, de ser detectadas, podrá verse compelido al pago de una sanción pero bajo el paraguas de un expediente en el que la administración debe esforzarse en cumplir con las exigencias formales que rodean el ámbito punitivo y en acreditar su negligencia.

Con J. C. Llagostera, "todo un desincentivo al reconocimiento voluntario y espontáneo de la deuda", que podría subsanarse invirtiendo al recargo por extemporaneidad de un subjetivismo que eliminara su automaticidad o reconvirtiéndolo económicamente en un interés de demora "agravado" con cómputo diario, lo que significaría la culminación de su proceso vital inverso hacia su desaparición, como le ocurriera al famoso Benjamin Button. Quién sabe.



Se ha flexibilizado la aplicación del recargo en casos en que por un principio de justicia material, la extemporaneidad no resulta imputable al contribuyente, aceptándose su aparición en caso contrario, a veces a regañadientes, como ocurre con una resolución de la Audiencia Nacional -19 de diciembre de 2013- que, como diría su ponente, 'con sabor amargo' lamenta que su imposición puede parecer "draconiana", "injusta y desproporcional". Quizá sea tiempo de replantearse esta figura que deja en peor condición al contribuyente que cumple, si quiera fuera de plazo, que al que oculta rentas que, de ser detectadas, podrá verse compelido al pago de una sanción.

Informe de la Fundación Impuestos y Competitividad

10 medidas para mejorar la seguridad jurídica

Las propuestas buscan generar un panorama de estabilidad normativa y temporal que favorezca la inversión nacional y extranjera en España

XAVIER GIL PECHARROMÁN

La Fundación Impuestos y Competitividad ha estudiado e identificado aquellos ámbitos del sistema tributario español a los que la reforma tributaria en curso debiera prestar una especial atención para elevar su calidad desde la óptica de la seguridad jurídica. Integran esta Fundación Baker & McKenzie, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Deloitte Abogados, EY Abogados, Garrigues, KPMG Abogados, PwC Tax & Legal Services y Uría Menéndez.

Se trata de un total de diez propuestas en las que se incluyen un amplio listado de modificaciones, que no buscan cambios en la presión fiscal de los diferentes tributos, sino una mejora para la seguridad jurídica, al considerar que la calidad de los sistemas tributarios se mide cada vez en mayor medida por el grado de seguridad jurídica que ofrecen.

Señala el informe que de poco vale aprobar medidas fiscales destinadas a favorecer la actividad productiva y la creación de empleo si su capacidad para generar resultados reales queda reducida debido a la falta de confianza de los operadores económicos respecto de la posterior interpretación y aplicación efectiva de dichas medidas por parte de las autoridades y respecto de su mantenimiento estable en el tiempo. La seguridad jurídica tiene valor por sí misma al ser elemento central de un Estado de Derecho. Pero en materia tributaria es también clave para el logro de los principios tributarios básicos de competitividad, equidad y suficiencia.

La vinculación de la seguridad jurídica con la competitividad resulta manifiesta. Las decisiones empresariales de inversión, contratación o financiación, incluyendo la primera y básica -emprender o no una nueva actividad económica-, son en su mayor parte decisiones a largo plazo, que tienen muy presente el grado de confianza que el sistema tributario ofrezca. Además, la seguridad jurídica favorece la libre competencia y, por esa vía, la eficaz asignación de recursos.

Los dos estudios más importantes a escala mundial que miden los determinantes de la competitividad de los países son el Informe de competitividad mundial y el Anuario de competitividad mundial, el primero desarrollado por el Foro Económico Mundial (WEF) y el segundo por el Instituto Internacional para el Desarrollo de la Capacidad de Gestión (IMD). En ambos estudios la confianza y estabilidad del sistema jurídico de cada país es uno de los aspectos básicos presente en todos los pilares de medición de la competitividad.

La mejora de la seguridad jurídica también sirve a la equidad, porque ayuda a evitar tratamientos discriminatorios o injustificadamente desiguales a personas o empresas en situaciones objetivas asimilables. Y en cuanto al principio de suficiencia, a medio y largo plazo la capacidad recaudatoria de un sistema fundado en la seguridad jurídica siempre será mayor -al propiciar la creación de riqueza y el crecimiento de las bases tributarias- que la proporcionada por un sistema que se actúe como poco confiable y volátil.

1 Armonizar las normas, procedimientos y obligaciones formales existentes en las distintas administraciones y reforzar la obligación de coordinación, minimizando la inseguridad y coste para los contribuyentes derivados de la multiplicidad de administraciones, normas e interpretaciones.

Se busca la armonización del sistema tributario español (estatal, autonómico y local), evitando desigualdades excesivas entre contribuyentes residentes en diferentes lugares del terri-

torio español y la fragmentación del tratamiento tributario de la actividad económica de una empresa cuando se realiza en varias comunidades autónomas, como por ejemplo, la imposición medioambiental o la de grandes superficies.

Se demanda la unificación de los procedimientos y obligaciones formales del contribuyente, estableciendo sistemas y procedimientos comunes y coordinados entre administraciones públicas que eviten la actual maraña normativa y la proliferación de formalismos de los diferentes ámbitos territoriales, lo que genera inseguridad jurídica y reduce la competitividad de las empresas.

2 Mejorar el proceso de creación normativa, asegurando la calidad técnica de las leyes tributarias, la participación social en su debate, la irretroactividad de los cambios normativos y el otorgamiento a los contribuyentes de un plazo razonable para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la nueva normativa.

Se propone evitar el abuso de la figura del Real Decreto-ley y, cuando se use, proceder a su inmediata tramitación parlamentaria como proyecto de ley ordinaria. Además, otorgar al Consejo de Estado y a los contribuyentes tiempo suficiente para poder analizar las propuestas de cambio normativo y para adaptar sus sistemas, respectivamente.

Establecer cauces y fomentar la colaboración social en el proceso de producción normativa generando y publicando informes, remitiendo a los parlamentarios opiniones de terceros -como las de los colegios profesionales o institutos de estudios- y la generalización de los procedimientos de audiencia pública en las reformas fiscales. Además, reforzar la irretroactividad de los cambios normativos, limitando los efectos retroactivos a situaciones excepcionales identificadas con toda claridad en la norma.

3 Regular de forma clara y concreta las medidas antiabuso de la normativa tributaria interna, evitando la aplicación de instituciones jurídicas ajenas al derecho tributario y medidas ambiguas que puedan causar litigiosidad.

La Fundación apunta la necesidad de regular de forma clara y concreta las medidas antiabuso de la normativa tributaria interna, evitando la aplicación de instituciones jurídicas ajenas al derecho tributario y medidas ambiguas que puedan causar litigiosidad con la Administración a la hora de ser aplicadas. Además, la interpretación de las cláusulas debe siempre ser restrictiva.



Se propone que Tributos reduzca el plazo para la contestación de consultas vinculantes, reforzando, los órganos de respuesta

Evitar el abuso de la figura del Real Decreto-ley y, cuando se use, proceder a tramitarlo como proyecto de ley ordinaria

4 Reducir la incertidumbre existente en relación con la interpretación de las normas tributarias, haciendo un uso más intenso y eficiente de la facultad reglamentaria y estableciendo mecanismos que permitan obtener certeza sobre el régimen fiscal aplicable al caso concreto.

Se considera imprescindible que Hacienda ejerza eficazmente su función reglamentaria, proporcionando a la Administración y a los contribuyentes criterios claros para la aplicación e interpretación de las normas, asegurando que los criterios tengan carácter público y sean aplicados de forma coordinada por los distintos órganos y funcionarios.

Además, demandan que se aprueben y publiquen resoluciones generales. Se propone establecer reglamentariamente presunciones, permitiendo la prueba en contrario por el contribuyente. Además, reducir los plazos para la contestación de consultas vinculantes, reforzando, cuando sea necesario, los órganos encargados de contestarlas.

5 Establecer sistemas alternativos de relación reforzada entre la Administración y las empresas.

Se busca desarrollar y regular sistemas alternativos de relación reforzada entre Administración y empresas, que establezcan relaciones fundadas en la confianza mutua y la transparencia recíproca, cooperativas y equitativas, siguiendo los criterios de los últimos informes de la OCDE sobre la relación cooperativa. Además, se apoya incentivar la participación empresaria.

6 Establecer mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos con la Administración que permitan aumentar la seguridad jurídica y reducir la litigiosidad, tales como el arbitraje, y adecuar las normas procesales para agilizar los procedimientos y establecer con rapidez y eficacia criterios de carácter general.

Introducir el carácter opcional de la reclamación económico-administrativa, especialmente respecto de liquidaciones finalizadoras de procedimientos de inspección, o bien cuando la impugnación se fundamenta en la ilegalidad o inconstitucionalidad de la normativa aplicada por la Administración tributaria. Y ampliar el ámbito de la revocación, admitiendo tanto la revocación parcial como la revocación de resoluciones económico-administrativas.

Asegurar el acceso a la casación para poder formar jurisprudencia de todas las cuestiones fiscales controvertidas, superando el actual obstáculo de un umbral cuantitativo muy elevado -600.000 euros la casación ordinaria-, se considera una prioridad en el informe.

Por otra parte, introducir la posibilidad de que la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia puedan plantear cuestiones prejudiciales, al menos respecto de leyes de nueva promulgación, ante el Tribunal Supremo para anticipar la fijación de jurisprudencia. Y, la admisión del recurso judicial, a los efectos de fijación de criterio, contra las consultas vinculantes de la Administración tributaria (Dirección General de Tributos).

7 Mejorar los mecanismos de resolución de conflictos derivados de la adopción de posiciones diferentes por las Administraciones públicas de diversos países cuando es de aplicación un Convenio para evitar la doble imposición y revisar la eficacia y mejorar los ins-

Se aboga por asegurar el acceso a la casación para formar jurisprudencia de todas las cuestiones fiscales controvertidas

Debe corregirse el automatismo en la imposición de sanciones tributarias y que no exista sanción si no hay ocultación

trumentos existentes para dotar a los contribuyentes de mayor seguridad jurídica.

Apoya el informe incluir en los convenios cláusulas arbitrales de resolución de conflictos y realizar acuerdos sobre precios de transferencia bilaterales y, cuando sea posible de ámbito multilateral, siguiendo las recomendaciones internacionales de organizaciones como la OCDE.

8 Mejorar la regulación de algunas de las facultades de revisión de la Administración y limitarlas en determinadas materias (prescripción, procedimiento sancionador, etc.) para evitar la discrecionalidad.

Recomienda el informe que se proceda a limitar el alcance de la comprobación de deducciones y bases imponibles negativas pendientes de aplicar procedentes de ejercicios prescritos. Además, los cambios de criterio en la aplicación de los tributos a un sujeto pasivo, deben operar solamente a partir del momento en que la Administración los manifieste.

9 Revisión, sistematización y simplificación de las innumerables obligaciones formales que se imponen a los empresarios como contribuyentes.

Considera necesario controlar el exceso de obligaciones formales impuestas a los empresarios que, en muchos casos, se solapan entre las distintas Administraciones y generan costes y riesgos no proporcionados a los objetivos perseguidos,

10 Modificación del régimen sancionador, evitando el automatismo en la imposición de sanciones y asegurando que no tienen trascendencia penal meras diferencias de interpretación.

El automatismo en la imposición de sanciones tributarias considera el informe del Refor que es uno de los grandes males del sistema tributario español, puesto que en general, no debe existir sanción si no hay ocultación, de modo que la declaración veraz y completa del obligado tributario excluya la responsabilidad. Y avanzar en la definición del tipo del delito fiscal del artículo 305 del Código Penal para evitar la penalización de divergencias interpretativas en la calificación fiscal de los negocios jurídicos.

Favorecer la productividad y la creación de puestos de trabajo

“De poco vale aprobar medidas fiscales destinadas a favorecer la actividad productiva y la creación de empleo si su capacidad para generar resultados reales queda reducida ante la falta de confianza de los operadores económicos por la posterior interpretación y aplicación efectiva de dichas medidas por parte de las autoridades y respecto a su duración estable en el tiempo”, ha afirmado Ginés Navarro, director general de la Fundación Impuestos y Competitividad en la presentación del informe. Por su parte, Alejandro Escoda, presidente de la Fundación, consideró que “no debería existir un régimen sancionador tan elevado como el vigente para asuntos de interpretación”. También, explicó que la Administración Tributaria debería avisar públicamente y con tiempo suficiente cuando cambie de criterio. Finalmente, Ricardo Gómez-Acebo, vicepresidente de la Fundación, explicó que “los cambios muy seguidos no son buenos para mantener una seguridad jurídica que atraiga a los inversores, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con la libertad de amortización, sobre la que se ha pasado de una libertad muy amplia a la actual situación de rechazo. Se trata de los plazos para hacerlo”.

El CGPJ analiza la futura norma

Jurisdicción Voluntaria: los jueces ponen pegas

El informe niega que sea conveniente ceder ciertos casos a operadores jurídicos no judiciales, como divorcios, separaciones o monitorios

LUCÍA SICRE

La futura Ley de Jurisdicción Voluntaria ha despertado revuelo en sectores como notarios o registradores, dos colectivos que llevan meses pendientes de las nuevas funciones que ésta pueda otorgarles. La norma rediseña la configuración de la resolución de un tipo de supuestos que, en principio, se caracterizan por ser atendidos por los órganos judiciales y por resolver cuestiones en las que no existe controversia entre las partes. Al contrario, la norma en camino extiende esa atribución a otros agentes jurídicos, además de a los jueces, aunque algunos de esos cambios no cuentan con el beneplácito de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), a juzgar por su opinión sobre la Ley.

La institución ha aprobado recientemente, por unanimidad, el informe al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, a través de un texto muy detallado que sirve al órgano para arremeter, entre otras cosas, contra la entrega de las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo al notariado. Otras materias, como algunas previsiones de la Ley en materia de subastas extrajudiciales en el marco de monitorios notariales, podrían vulnerar también los derechos de las partes, según el CGPJ, especialmente en el caso de consumidores que pierdan su vivienda en favor de la banca, y que puedan arrastrar cláusulas abusivas en sus contratos.

Subasta extrajudicial y cláusulas abusivas

El informe, elaborado por los vocales Cabrejas Guijarro y Guilarte Gutiérrez, se adentra en un problema que ha cobrado actualidad con la crisis: la falta de garantías para el consumidor cuando se produce una ejecución hipotecaria por impago de las cuotas de su préstamo. En este caso, se arremete contra algunas de las novedades que incorpora la Ley para los supuestos en que la subasta de la vivienda -normalmente en favor del banco, por falta de otros compradores- se produce de forma extrajudicial, es decir, ante notario.

Para el Poder Judicial, no basta que la norma prevea la suspensión del procedimiento extrajudicial "si cualquiera de las partes acredita haber planteado ante el juez el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario que constituya fundamento de la venta extrajudicial".

Así, "se trata de un modelo que sólo permite que el órgano judicial se pronuncie sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones del título cuando el interesado suscite tal pretensión, pero no da al juez la posibilidad de apreciar esa circunstancia de oficio, al no ventilarse el procedimiento -por definición- en sede judicial".

Además, se censura que el prelegislador "no ha dispuesto aquí ni siquiera un control de oficio -por más imperfecto que éste sea- por parte del notario, consistente en que éste alerte a las partes sobre la posible *abusividad* de alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial".

En definitiva, se trata de un "control de oficio imperfecto, puesto que el notario se limita a alertar de la posible *abusividad*, pero sin que su intervención sirva, por sí



GETTY

sola, para paralizar el expediente". Antes bien, es la acreditación por una de las partes de haber planteado judicialmente el carácter abusivo del clausulado contractual la que, al margen de que el notario haya efectuado o no advertencia alguna al respecto, tiene la virtud de provocar el cierre del acta. Como alternativa, el Poder Judicial sugiere que, apreciado de oficio el posible carácter abusivo de una o más cláusulas del título contractual, y en su caso tras oír a las partes sobre el particular, el notario acuerde el cierre del acta, quedando abierta la vía judicial para que las partes ejerciten las acciones legales que les corresponda.

No al "monitorio notarial"

El informe arremete, en general, contra el llamado procedimiento monitorio notarial, o reclamación de deudas dinerarias a través del fedatario público -que es el que se utilizaría, entre otros casos, para las mencionadas subastas notariales-.

Se trata de un cauce alternativo al procedimiento monitorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que se concibe para la reclamación por parte de un acreedor del pago de una deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, siempre que además la deuda se acredite por alguno de los dos modos habituales por el procedimiento monitorio regulado en la LEC: bien mediante documentos que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, bien mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean

El Poder Judicial cree que la subasta notarial no garantiza los derechos del cliente como la vía judicial

Se argumenta que el notario no es una Autoridad Pública, sino que ejerce sus funciones “en régimen de competencia”

de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparece existente entre acreedor y deudor (artículo 812.1 de la LEC).

Sobre este procedimiento, el CGPJ “recomienda su supresión y su mantenimiento en el ámbito jurisdiccional”, y ello partiendo de la ineludible necesidad de que sea el juez quien controle indirectamente a través de su exclusiva competencia para inadmitirlo, la propia admisión del proceso y la habilidad de la documentación presentada por el acreedor, “cada vez más compleja”.

“Tal control no puede realizarse con las mínimas garantías de independencia por el notario que es elegido por un acreedor que unilateralmente desencadena el procedimiento”.

El informe recuerda que no nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya competencia se traslada a un distinto operador jurídico, sino ante un procedimiento declarativo de naturaleza especial, cuya tramitación ha sido atribuida a los secretarios judiciales, sin perder el control el órgano judicial en los casos de inadmisión (artículo 815.1 de la LEC). Así, aunque “es indudable que, dado el número de procedimientos monitorios que se tramitan, la encomienda proyectada

presenta la evidente ventaja de tener una incidencia cierta en la deseable desjudicialización de procesos que alivien la carga de trabajo que afecta a nuestros Tribunales”, también es cierto que existen argumentos que contrapesan tales ventajas.

El informe resalta, además, que el notario no es una Autoridad Pública, tal y como fundadamente indicaron las sentencias de la Gran Sala del TJUE de 24 de mayo de 2011. “Y no lo es, precisamente, como allí se justificó, porque el notario ejerce sus funciones en condiciones de competencia, lo cual no es propio del poder público”. Así, “tal realidad, inobjetable, refuerza su inhabilidad competencial en un procedimiento unilateralmente desencadenado por el acreedor quien, a la vez, designa al notario que, en régimen de competencia con sus compañeros de distrito, va a tramitarlo”. Ello diluye la necesaria independencia que debe presidir la actuación de quien ha de controlar la legalidad de la documentación presentada, asegura el CGPJ, para lo cual no solo debe atender a los intereses de su cliente, que lo elige unilateralmente, sino también, muy especialmente, los opuestos, pues el trámite inicial no está sujeto a la contradicción entre partes, actuando el juez a modo de Fiscal del ausente de tal contención.

En definitiva, “todo ello abona las dudas en cuanto a la conveniencia de instaurar este nuevo monitorio notarial”. Más bien se considera oportuno residenciar únicamente en el ámbito judicial esta clase de procedimientos, ya que

La separación y el divorcio “no pueden ser fruto del mutuo disenso, sino que deben ser decretados por un juez”

Tampoco es procedente la exclusividad notarial para documentar la eventual reconciliación de los cónyuges

“sólo de ese modo se garantiza un auténtico cribado de los títulos o documentos empleados como fundamento de la petición inicial, y en particular un genuino control de oficio de la posible abusividad de las cláusulas que constituyan el fundamento de la reclamación o hubiesen servido para determinar la cantidad exigible”.

Divorcios y separaciones

Otra de las grandes reformas del Código Civil que se plasma en el Anteproyecto es la que afecta a la regulación de la separación y el divorcio, a fin de propiciar que, dadas ciertas condiciones, tanto aquella como éste puedan efectuarse no sólo ante el juez sino también ante el notario. Se trata, por tanto, de una competencia no excluyente, al igual que sucede en materia matrimonial, donde el notario concurre con los alcaldes y encargados del Registro Civil para celebrar el matrimonio, y con estos últimos para instruir el acta o expediente matrimonial previos.

Sin embargo, para el Poder Judicial, la separación legal o el divorcio, aunque sean de mutuo acuerdo y no haya hijos menores o dependientes, no pueden ser fruto del mutuo disenso sino que deban ser decretados por la autoridad judicial. Según el informe, “es incuestionable la diferencia que existe entre matrimonio y divorcio, sin que la competencia para celebrar el primero ampare la de disolverlo”.

Así, según la letra del informe, se trata de realidades absolutamente diferenciadas, dada la existencia de numerosas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia del matrimonio que se ven afectadas por su disolución, siendo éste último “un momento proclive para hacer valer situaciones de desigualdad o de otras índoles que propician la necesaria intervención del juez para controlarlas”.

Es tradicional, -y “por todas estas razones se entiende que debe mantenerse”-, el papel tuitivo y decisorio del juez respecto del control de los convenios reguladores de la separación y divorcio, aún concertados de mutuo acuerdo. Tampoco se advierte la procedencia de la exclusividad notarial para documentar la eventual reconciliación de los cónyuges ni la posibilidad de que presten su consentimiento en la escritura de separación o divorcio los hijos mayores dadas las dificultades que en el informe se detallan. Se considera oportuno que el acuerdo inicial bien notarial o judicial, pueda ulteriormente modificarse indistintamente en una u otra sede.

Además, el Poder Judicial pide tener en cuenta que, incluso en los supuestos en que no existan hijos menores ni incapacitados, la consecución de un acuerdo para separarse legalmente o divorciarse sobre la base de un convenio regulador pactado entre los cónyuges no garantiza que entre éstos exista una igualdad de fuerzas ni que, por tanto, el contenido de ese convenio sea equilibrado. El ejemplo más cercano es el de la pensión compensatoria que uno de los excónyuges deba abonar al otro.

Eso sí, en lo que afecta a la forma de celebración del matrimonio, el Poder Judicial valora positivamente la incorporación, como posible celebrante, del encargado del Registro Civil, así como la posibilidad de celebración del matrimonio ante notario, si bien la legalidad de sus presupuestos debe ser en todo caso objeto de control por parte del encargado del Registro Civil. Sin embargo, el informe también asegura que no tiene “sentido alguno” que, caso de no haberse elaborado el previo expediente bajo las formas admisibles, se pueda subsanar tal deficiencia de una manera distinta a su tramitación ulterior por el encargado del Registro Civil”.

El Notariado responde al informe del Poder Judicial

“MÁXIMA SEGURIDAD JURÍDICA”

En respuesta al informe del CGPJ, el vicepresidente del Consejo Nacional de Notariado, Joan Carles Ollé, ha defendido las previsiones contenidas en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, recordando que la competencia de los notarios para celebrar matrimonios e intervenir en divorcios de mutuo acuerdo y sin hijos menores de edad “garantiza la máxima seguridad jurídica a los ciudadanos”. El vicepresidente del notariado ha recordado también que la reforma de la jurisdicción voluntaria ha sido propuesta por el Ministerio de Justicia tras hablar con diversos colectivos, como los notarios, los registradores, los jueces y los secretarios judiciales. El objetivo, según ha recordado Ollé, es la modernización de la Justicia y la necesidad de liberar a los tribunales de la tramitación de aquellos expedientes en los que existe controversia, y que por lo tanto pueden ser llevados por funcionarios diferentes al juez. Según el vicepresidente de los notarios, la celebración de una boda o un divorcio ante estos profesionales lograrán que el expediente se tramite de forma más ágil y rápida, sin sufrir los retrasos derivados del colapso en los juzgados.



El valor del documento público en el RDL 4/2014, de 7 de marzo

POR ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES Notaria de Madrid. Letrada adscrita a la DGRN. Registradora en excedencia

El pasado sábado día 8 se publicó en el BOE el importante Real Decreto-ley (RDL) 4/2014 por el que se adaptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La norma, compleja, presenta un enorme calado que habrá de ser valorado en sus aspectos concursales, patrimoniales y societarios. Su idea motriz es reforzar los acuerdos de refinanciación, así como mejorar las posibilidades en el medio plazo de pervivencia de empresas, calificadas como viables, pero excesivamente apalancadas. Para ello, parte de la facilitación de acuerdos entre deudor y acreedor, ya sean individuales -si mejoran la posición del deudor, lo que siempre es valorable- o colectivos y estos últimos.

El pasado sábado día 8 se publicó en el BOE el importante Real Decreto-ley (RDL) 4/2014 por el que se adaptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La norma, compleja, presenta un enorme calado que habrá de ser valorado en sus aspectos concursales, patrimoniales y societarios. Su idea motriz es reforzar los acuerdos de refinanciación, así como mejorar las posibilidades en el medio plazo de pervivencia de empresas, calificadas como viables, pero excesivamente apalancadas. Para ello, parte de la facilitación de acuerdos entre deudor y acreedor, ya sean individuales -si mejoran la posición del deudor, lo que siempre es valorable- o colectivos y estos últimos, homologa-

dos judicialmente o no.

Se pretende la concertación de acuerdos colectivos mediante la reducción de exigencia de mayorías de pasivo. Y en ambos casos, individual o colectivo, se limita notablemente la rescisión. Como novedad, el acuerdo -incentivado por la posible calificación culposa del concurso ante la negativa del deudor- puede suponer la capitalización de la deuda, más allá del crédito participativo, en términos que se acercan a una expropiatio legis.

Entre los muchos elementos que habrá que desgranar para su correcta comprensión, - no es menor el nuevo valor de las garantías reales, reducido *ex legis* asimismo- destacaré ahora el valor que al documento público notarial atribuye el legislador en los actos y contratos extrajudiciales contemplados en el RDL.

Para garantizar una cota de seguridad jurídica contempla, al margen de la superior actividad judicial, tres controladores -*gatekeepers*-: dos, de carácter económico: el auditor de cuentas - que, para la certificación del pasivo, bastara sea el de la sociedad, si lo tuviere, prescindiendo en tal caso, del nombramiento por el registrador e incluso del experto independiente-, y éste último, en los casos de homologación judicial, que auxiliará al juez, en la determinación del valor razonable de los bienes garantizados.

Junto a ellos se contempla un tercer control de los acuerdos alcanzados, esta vez jurídico, integrado por la actividad notarial en el ámbito extrajudicial. En efecto, la concesión de efectos privilegiados a los acuerdos de refinanciación parte de la necesaria fiabilidad formal y material de lo adoptado. Para ello, será necesaria su constancia en documento público notarial si se pretende dotar a su contenido del valor declarativo, probatorio y ejecutivo que le es propio.

Esta eficacia, en términos documentales, se reserva a la escritura pública, en cuanto la póliza intervenida, más flexible en su forma (y fiscalidad), presenta limitaciones en su contenido material. Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado, en redacción dada por ley 36/2006, desarrollado por el artículo 144 de su Reglamento, redactado por RD 45/2007, las pólizas exclusivamente podrán tener como contenido los actos y contratos de carácter mercantil y finan-

Entre los elementos que hay que desgranar destacaré el valor del documento público notarial en los actos extrajudiciales

Para garantizar una cota de seguridad jurídica, la norma contempla tres controladores o 'gatekeepers'

ciero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de los otorgante, quedando excluidos los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios. Esto ha de ser muy tenido en cuenta, pues el *instrumentum* no altera el *negotium* y las pólizas indebidamente intervenidas carecen del efecto ejecutivo que le atribuye la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 517.2.5º y 572.2) al no estar debidamente documentadas.

Por otra parte, la necesidad de calificar el acto documentado en la escritura publica conduce asimismo a una inadecuada formalización, a efectos de atribución de valor ejecutivo -otra cosa será la prueba de la fecha y de los extremos meramente declarativos-, a las meras elevaciones a publico de los contratos-marco derivados de la refinanciación, entre los que se sitúan *Sheets Terms*, que exigirán concretas ejecuciones documentales según su materia y ámbito de aplicación.

Es su carga fiscal, esencialmente, la que conduce sortear la escritura publica valuable económicamente. La búsqueda del ahorro en su fiscalidad produce una autentica ingeniería jurídica en lo que al contenido de las pólizas se refiere, limitando a los estrictos términos de la Ley 2/1994, relativa a novaciones hipotecarias, el contenido de la escritura publica modificativa de otra anterior. El resultado es una confusión en la eficacia documental alcanzada con riesgo de pérdida del valor ejecutivo de los acuerdos no homologados judicialmente. Ello exige, pues, un análisis riguroso del contenido de los acuerdos a fin de lograr su correcta documentación.

La nueva Ley es parcialmente consciente de que la carga fiscal conduce al efecto perverso de rebajar la eficacia documental exigible y con ello la seguridad jurídica que es la base de la exigencia de forma pública. Por ello, exenciona del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP AJD) las quitas o minoraciones a cargo del deudor, pero se queda muy corta en el planteamiento.

De una parte, estas quitas muy a menudo, figuran como causa de cancelación de cargas, lo que conlleva, en gran parte de comunidades autónomas, su inclusión en la cancelación parcial, exenta; de otra no incluye el acuerdo de refinanciación en sí mismo para lo que debiera ampliarse el ámbito de exención de la ley 2/1994 en redacción dada por la Ley 41/2007.

La excesiva carga fiscal, tanto en la constitución de garantías como en su refinanciación, conduce a una autentica fuga hacia otras jurisdicciones mas favorables, máxime cuando, como en el RDL 4/2014 las estructuras de grupo están perfectamente contempladas, siempre que sea posible su articulación en el Reglamento de la UE 1346/2000, de inmediata revisión.

Por tanto, no sólo es criticable que se excluyan los créditos públicos de la refinanciación. Tampoco se facilita una correcta fiscalidad que la dote de seguridad a coste adecuado.

La Ley es parcialmente consciente de que la carga fiscal conduce al efecto perverso de rebajar la eficacia documental exigible y con ello la seguridad jurídica que es la base de la exigencia de forma pública. Por ello, exenciona del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las quitas o minoraciones a cargo del deudor, pero se queda corta en el planteamiento. De una parte, estas quitas muy a menudo, figuran como causa de cancelación de cargas, lo que conlleva, en gran parte de comunidades autónomas, su inclusión en la cancelación parcial, exenta; de otra no incluye el acuerdo de refinanciación en sí mismo para lo que debiera ampliarse el ámbito de exención de la ley 2/1994.



La afección urbanística a la carga de urbanización

POR FERNANDO ACEDO-RICO HENNING Registrador de la Propiedad*

Como continuación de lo publicado en el anterior artículo, comenzaré exponiendo diferentes definiciones en la opinión de grandes y reconocidos urbanistas de lo que es una 'afección urbanística'. Nos encontramos dos posiciones doctrinales para definir afección urbanística. La que sostiene que la afección urbanística es una garantía, frente a la que defiende que es una mera publicidad. En el caso de la definición de garantía nos encontramos la posición doctrinal del García García. Para él, las afecciones urbanísticas son aquellas afecciones que, cumpliendo una función de garantía y no de mera publicidad, tratan de garantizar el saldo de la liquidación definitiva de la reparcelación.

Como continuación de lo publicado en el anterior artículo, comenzaré exponiendo diferentes definiciones en la opinión de grandes y reconocidos urbanistas de lo que es una *afección urbanística*. Nos encontramos dos posiciones doctrinales para definir afección urbanística. La que sostiene que la afección urbanística es una *garantía*, frente a la que defiende que es una mera *publicidad*.

En el caso de la definición de *garantía* nos encontramos la posición doctrinal del García García. Para él, las afecciones urbanísticas son aquellas afecciones que, cumpliendo una función de *garantía* y no de mera *publicidad* registral, tratan de garantizar el saldo de la liquidación definitiva de la reparcelación correspondiente a cada finca.

Son de esta misma opinión López Farre y Torres Yarnoz, los que consideran la afección urbanística como una "garantía real" con carácter de "carga limitativa del dominio" que incluso puede ser objeto de transmisión, como si de una hipoteca u otro derecho real limitativo del dominio se tratara, con independencia de quien sea el titular del terreno.

Frente a la reseñada posición de García García que define la afección urbanística desde el punto de vista de su "función de garantía" similar al de la afección fiscal cuya finalidad es la de garantizar la posibilidad de que la Administración Tributaria accione, en procedimiento de derivación, contra el adquirente del primitivo deudor tributario, el autor Arnáiz Eguren entiende que la afección es un "asiento de publicidad" que únicamente advierte al tercero, ya que la garantía real de la deuda surgirá en su caso por la vía de la posterior anotación preventiva de embargo anotada en virtud de la acción de apremio que contra él se dirija.

Por otra parte, Gil de Pareja asegura que la afección urbanística, dentro de las afecciones que regula el derecho español, presenta unas reglas particulares que responden a los criterios generales de la construcción de las afecciones y a los principios inspiradores del derecho urbanístico, cargado de connotaciones estructurales propias y heterogéneas. Además, como elemento distintivo de la afección urbanística, el autor destaca que se trata de una garantía de una "obligación de hacer" la urbanización que se nova en una "obligación de dar" al pagar la cuota, que es una deuda de derecho público que no pretende crear preferencias de cobro y que se dota de un rango real absoluto frente a los titulares de otros derechos sobre la finca.

En cuanto a lo que se refiere a la inscripción de la afección a la urbanización, la constancia registral de la afección a la que se dedican los apartados a) y b) del número 1 del artículo 19 del Real Decreto 1093/97 se lleva a cabo en el cuerpo de la inscripción de la parcela resultante del Proyecto de Compensación, no por una nota marginal, a diferencia por tanto de la afección de las fincas al sistema. Según Arnáiz Eguren, tal constatación debería practicarse también en el acta de la inscripción. La publicidad del reflejo registral de esta afección se encuentra amparada en el artículo 1.1. del mismo Real Decreto, al incluir entre los actos inscribibles los relativos al "es-

Hay dos posiciones para definir afección urbanística: una sostiene que es una garantía y otra que es una mera publicidad

No puedo estar más de acuerdo con García García cuando se decanta por el criterio del "máximo de responsabilidad"

tablecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o conservar la urbanización", y se reitera en el artículo 7 apartado 9º que establece como requisito del título inscribible "la determinación de la cuota que se atribuya a cada una de las fincas de resultado en la cuenta de liquidación del proyecto de equidistribución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.1".

Respecto al contenido de la afección, el citado artículo 19 establece que se hará constar que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto. Asimismo, y por exigencia del principio de especialidad registral, también se hará constar el importe que le corresponde en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuye en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieran tener lugar. Se plantea, pues, el problema consistente en determinar si la cantidad asignada a cada finca en el presupuesto provisional opera como máximo de garantía real o, por el contrario, si la responsabilidad de la afección es un principio indeterminado, pero determinante a posteriori.

En resumen, no puedo estar más de acuerdo con García García cuando, tras el estudio de ambas posibilidades, se decanta por el criterio del "máximo de responsabilidad", obviamente más ajustado a los principios registrales y a los antecedentes existentes en el artículo 45.6 del Reglamento de Reparcelaciones, entendiéndolo como siempre que el Derecho Hipotecario no es una rama del Derecho cerrada e incommunicada y que, en este caso, al ponerse en contacto con el urbanismo, debería ofrecer soluciones a éste, aunque en casos como este existan otros puntos de vista y teorías igualmente bien fundamentadas.

* Fernando Acedo Rico-Henning es decano de Castilla-La Mancha del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, doctor en Derecho, profesor de Derecho Civil y consejero de la Revista Derecho Urbanístico



REUTERS

En resumen, no puedo estar más de acuerdo con García García cuando, tras el estudio de ambas posibilidades, se decanta por el criterio del "máximo de responsabilidad", obviamente más ajustado a los principios registrales y a los antecedentes existentes en el artículo 45.6 del Reglamento de Reparcelaciones, entendiéndolo como siempre que el Derecho Hipotecario no es una rama del Derecho cerrada e incommunicada y que, en este caso, al ponerse en contacto con el urbanismo, debería ofrecer soluciones a éste, aunque en casos como este existan otros puntos de vista y teorías igualmente bien fundamentadas.

Fomento de la financiación empresarial

Una Ley que busca financiación para las pymes

La futura norma pretende asegurar la estabilidad financiera a las sociedades mercantiles, regular la titulización y la cotización multilateral

XAVIER GIL PECHARROMÁN

Las entidades de crédito estarán obligadas a notificar a las pequeñas y medianas empresas (pymes), por escrito y con antelación suficiente, su decisión de cancelar o reducir significativamente el flujo de financiación que les haya venido concediendo, según se regula en el *Anteproyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial*, que está en periodo de audiencia pública hasta el próximo 28 de marzo.

Con esta medida, ese pretende que la pyme dispondrá de tiempo suficiente para encontrar nuevas vías de financiación o para ajustar su gestión de tesorería, de forma que tal interrupción o reducción de la fuente de crédito no genere sorpresivos problemas de liquidez que dificulten o incluso imposibiliten cualquier reajuste. Junto al preaviso se facilitará a la pyme información sobre su situación financiera e historial de pagos.

Se trata de que la pyme pueda iniciar la búsqueda de fuentes alternativas de financiación con mayor facilidad. Con ello, se pretende resolver, al menos parcialmente, el problema de asimetría informativa que dificulta y encarece el acceso de las pymes a la financiación.

En atención a las nuevas normas comunitarias, los establecimientos financieros de crédito pierden su condición de entidades de crédito, pero sí mantienen intacta su inclusión en la supervisión y estricta regulación financieras.

Este nuevo régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito viene motivado por la reciente aprobación de la Directiva europea relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su supervisión prudencial y la de las empresas de inversión y el Reglamento sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

Reforma de los mercados de inversión

Las sociedades cotizadas tendrán más facilidades en el tránsito desde un mercado secundario oficial a un sistema multilateral de negociación, y viceversa, tal y como se establece en el *Anteproyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial*.

De esta forma, se pretende que las sociedades que buscan financiación a través de recursos



GETTY

propios puedan acudir al mercado que mejor se adecue a sus características y necesidades. Señala el texto que un sistema económico desarrollado requiere de unos mercados de capitales que, desde unas bases sólidas y estables, encaucen eficazmente la oferta de fondos.

El desarrollo de estos mecanismos de financiación directa fomentará una mayor diversificación de las fuentes de financiación. Para permitir este tránsito sin deteriorar los derechos de los accionistas minoritarios, se elimina la obligación de realizar una OPA de exclusión, pero al tiempo que introduce una serie de restricciones y requisitos.

Por otra parte, tras varios años de actividad en un sistema multilateral de negociación, algunas empresas podrían considerar, dentro de su estrategia de expansión, pasar a cotizar en un mercado secundario oficial para aumentar sus posibilidades de financiación. Se les facilita este tránsito, mediante la reducción de algunos requisitos por un periodo transitorio de dos años.

Entre otras reformas, se elimina el límite a las emisiones, vigente hasta ahora, por el que las sociedades anónimas y las comanditarias por acciones no podían emitir obligaciones más allá de sus recursos propios.

Por otra parte, se elimina la prohibición a las sociedades de responsabilidad limitada de emitir obligaciones, si bien se introducen salvaguardias que eviten un endeudamiento excesivo.

Además, regula la futura norma que se homogeneizan las obligaciones relativas a la protección

del inversor aplicables a las empresas cuyos valores se emitan, se negocien o se comercialicen en España con independencia de su nacionalidad, siendo obligatorio para todas ellas la constitución de un sindicato de obligacionistas.

Nuevas reglas para la titulización

En el actual *Anteproyecto de Ley* no sólo aclara y regulariza su régimen jurídico, sino que lo moderniza y lo adapta a las actuales exigencias de los mercados financieros, de forma que se aprovecha esta ocasión para fomentar el desarrollo de este canal alternativo a la financiación estrictamente bancaria, muy relevante en especial para la financiación del consumo minorista.

Los establecimientos financieros de crédito pierden su condición de entidades de crédito por la regulación de la UE

Se elimina el límite por el que las SA y las comanditarias no podían emitir obligaciones más allá de sus recursos propios

La reforma del régimen de las titulaciones refunde normas para acabar con la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio.

Así, se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria.

No obstante, éstos últimos, existentes a la entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente.

Se flexibiliza, también, la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito en otros países de la Unión. Se fortalecen las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales.

Régimen de supervisión y sanción

La norma regula la sujeción al régimen de supervisión y sanción a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de las sociedades gestoras de fondos de titularización y los fondos de titulización que administren. En el caso de personas jurídicas, las competencias que corresponden a CNMV, en virtud de esta Ley podrán ejercerse sobre quienes ocupen cargos de administración, dirección o asimilados.

También, entran en esta la regulación las entidades que cedan activos a los fondos de titulización, los emisores de los activos creados para su incorporación a un fondo de titulización, los administradores cedidos a los fondos y las restantes personas y entidades que puedan resultar obligadas por las normas previstas en este título.

Se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente.

La constitución de los fondos de titulización estará sujeta al cumplimiento previo de la comunicación del proyecto de constitución del fondo a la CNMV a la aportación y registro previo de los documentos acreditativos para la constitución del fondo, de los compartimentos y de los activos a agrupar, junto con el proyecto de escritura pública de constitución del fondo de titulización.

Por otra parte, deberán aportar los informes elaborados bien por las sociedades gestoras, bien por auditores de cuentas u otros expertos independientes, con aptitud suficiente a juicio de la Co-

Se unifican en una categoría legal los denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria

Se suprimen obstáculos que impiden replicar en España estrategias innovadoras de titulización de éxito en la UE

misión Nacional del Mercado de Valores, sobre los activos que constituirán el activo del fondo de titulización o de sus compartimentos.

Aproximación a otras legislaciones

Se pretende aproximar nuestro régimen jurídico al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Además, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales.

Integrarán el pasivo de los fondos de titulización los valores de renta fija que emitan, los créditos concedidos por entidades de crédito y las aportaciones de inversores cualificados. Los valores emitidos deberán ser objeto de negociación en un mercado secundario oficial y podrán diferir entre sí en cuanto al tipo de interés, que podrá ser fijo o variable, plazo y forma de amortización, derecho de prelación en el cobro o cualesquiera otras características.

Los fondos de titulización podrán titular de forma sintética préstamos y otros derechos de crédito, transfiriendo total o parcialmente el riesgo de crédito de los mismos mediante la contratación con uno o más terceros de derivados crediticios.

El activo de los fondos de titulización que efectúen operaciones de titulización sintética podrá estar integrado por depósitos en entidades de crédito y valores de renta fija negociados en mercados secundarios oficiales, incluidos los adquiridos mediante operaciones de cesión temporal de activos.

Señala, además, el Anteproyecto, que los depósitos y valores podrán ser cedidos, pignorados o gravados en cualquier forma en garantía de las obligaciones asumidas por el fondo frente a sus acreedores, en particular frente a las contrapartes de los derivados crediticios y cesiones temporales de activos.

Sociedades de garantía recíproca

La modificación del funcionamiento del reaval que la Compañía Española de Reafianzamiento presta a estas sociedades, al explicitar que dicho reaval se activará ante el primer incumplimiento de la Sociedad de Garantía Recíproca. Se pretende con ello, según revela el propio Anteproyecto, garantizar que las entidades de crédito valoren adecuadamente el reaval proporcionado por la Compañía Española de Reafianzamiento, lo que debería reflejarse en una mejora en las condiciones del crédito ofrecido a las pymes.

Por primera vez se regula la financiación por 'crowdfunding'

Se establece por primera vez un régimen jurídico para las plataformas de financiación participativa, dando cobertura al 'crowdfunding'. Estas plataformas, que constituyen un novedoso mecanismo de desintermediación financieramediante las nuevas tecnologías, han crecido de manera muy significativa en los últimos años, avivando el debate nacional e internacional sobre la necesidad deregularlas. Las plataformas ponen en contacto a promotores de proyectos que demandan fondos mediante la emisión de valores o solicitud de préstamos, con inversores u ofertantes de fondos que buscan un rendimiento. El 'crowdfunding' es un fenómeno con diversas manifestaciones, si bien sólo se pretende regular aquí las figuras en las que prime el componente financiero de la actividad o en las que el inversor espera recibir una remuneración monetaria por su participación, dejando fuera al 'crowdfunding' basado en compraventas y donaciones. Se establecen límites al volumen que cada proyecto puede captar mediante una plataforma para asegurar que la actividad se limita a la financiación masiva por inversores minoristas de proyectos de tamaño contenido. Así, los proyectos que superen dicho límite, y en coherencia con su elevado importe, se atenderán al régimen general de la normativa del mercado de valores.



Real Decreto-ley 4/2014 y refinanciaciones homologadas

POR CARLOS NIETO DELGADO Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid

Hace meses que, cuando abro los ojos por la mañana, me invade una gran ansiedad: ¿habrán modificado hoy la Ley Concursal? Tras un largo período inicial de vigencia del texto original (2003-2009), concretamente desde el año 2011 las reformas de la Ley se suceden a una velocidad cada vez más vertiginosa. Se diría incluso que el Legislador ni siquiera dispone de un texto actualizado y consolidado de la versión anterior. La Disposición Adicional 4ª de la LC, dedicada a la homologación de los acuerdos de refinanciación, parece pensada para ilustrar una campaña de la Dirección General de Tráfico.

Hace meses que, cuando abro los ojos por la mañana, me invade una gran ansiedad: ¿habrán modificado hoy la Ley Concursal? Tras un largo período inicial de vigencia del texto original (2003-2009), concretamente desde el año 2011 las reformas de la Ley Concursal (LC) se suceden a una velocidad cada vez más vertiginosa. Se diría incluso que el Legislador, cuando modifica la norma, ni siquiera dispone de un texto actualizado y consolidado de la versión anterior, como mi compañero Javier Yáñez ya les habrá explicado en relación con el nuevo artículo 71 bis.

La Disposición Adicional 4ª de la LC, dedicada a la homologación de los acuerdos de refinanciación, parece pensada para ilustrar una campaña de la Dirección General de Tráfico, con un lema parecido a: 'La velocidad se paga y cada vez más'. De entrada, no termino de entender cómo, ocupando nada menos que cinco pági-

nas del BOE, las previsiones sobre homologación de acuerdos de refinanciación se siguen manteniendo en esa ubicación de la norma. Salvo por el anhelo 'vintage' de seguir conservando el vínculo entre la Disposición Adicional 4ª de la LC y las refinanciaciones, ¿no respondería a una mejor técnica legislativa que toda la disciplina reguladora de esas operaciones hallara acomodo en el recién inaugurado Título X de la Ley Concursal, clasificada en distintos capítulos?

Pasemos al contenido de la norma. La reforma operada por la Ley 14/2013 supuso la desvinculación de las refinanciaciones homologadas judicialmente y las irrevocables del artículo 71.6 (hoy 71 bis de la LC). De las exigencias de este último precepto, únicamente se mantenía la elevación a escritura pública y la designación del experto independiente: no se sabía si era preciso que este último hubiera emitido un informe favorable o no. Ya adelantábamos en esta columna que la consecuencia de que un acuerdo homologado judicialmente no cumpliera todos y cada uno de los requisitos del anterior artículo 71.6 de la LC era que ese acuerdo no estaba *blindado* frente a las acciones rescisorias concursales -lo que no significaba, como hemos repetido en incontables ocasiones, que fuera *per se* perjudicial y rescindible-.

El legislador vuelve a retocar los requisitos que hacen a una refinanciación irrevocable, pero cambia también el vínculo entre las refinanciaciones irrevocables y las homologadas judicialmente: simplificando, todas las refinanciaciones homologadas judicialmente vuelven a ser irrevocables. Para obtener la homologación, basta con que se cumplan una parte de los requisitos del nuevo artículo 71 bis y que el acuerdo venga respaldado por una mayoría específica del pasivo financiero -el 51 por ciento-. Los requerimientos del artículo 71 bis exigidos serán exclusivamente dos: 1) la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de las obligaciones, con un plan de viabilidad que permita la continuidad de la empresa en el corto o medio plazo; 2) la certificación del auditor de la sociedad -o en su defecto, de uno designado por el Registro Mercantil- de que el acuerdo cuenta con el respaldo del pasivo necesario.

Suponiendo que en el texto anterior de la norma la exigencia de la designación de un experto independiente significara la necesidad de un informe favorable, ahora ese informe, completo y ter-

El Legislador vuelve a retocar los requisitos que hacen a una refinanciación irrevocable

Simplificando, todas las refinanciaciones homologadas judicialmente vuelven a ser irrevocables

minado, desaparece como requisito inexcusable para que la refinanciación pueda ser homologada judicialmente. El informe del experto independiente, que sigue apareciendo en el artículo 71 bis 4 de la LC, como ese pariente incómodo que el Legislador no sabe en qué mesa acomodar, pasa a ser potestativo y no se aclara bien qué añade en términos de irrevocabilidad ni tampoco de homologabilidad. La homologación judicial parece hacer desaparecer como por ensalmo cualquier tinte perjudicial del acuerdo y aquí viene la parte curiosa: para el juez Mercantil deviene tras esta reforma un acto más reglado y vacío de contenido que nunca.

En torno a la extensión de los efectos del acuerdo homologado a los acreedores disidentes y ausentes sin garantía real, los cambios introducidos son de gran calado y de extrema complejidad: a) si el acuerdo ha sido suscrito por el 60 por ciento del pasivo financiero, se extenderá sólo el efecto de espera y por un plazo máximo de 5 años; b) si el acuerdo ha sido suscrito por más del 75 por ciento de pasivo financiero, se extenderán: i) las esperas de hasta 10 años; ii) las quitas, sin límite alguno (!); iii) la conversión de deuda en acciones o participaciones de la deudora; iv) la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo máximo de diez años o bien en deuda subordinada; v) las cesiones de bienes o derechos a los acreedores. El legislador abandona ya con paso firme el principio de relatividad de los contratos cuando se trata de salvar una empresa, pero la nueva solución rebasa incluso con creces los límites al contenido del convenio del artículo 100 LC. Otra víctima en combate es el principio de identidad de la prestación: si el 75 por ciento de los acreedores financieros así lo quieren, los bancos discolos tendrán que aceptar *velis nolis* inmuebles en lugar de dinero.

El trámite homologador experimenta cambios procesales -admisión a trámite por providencia y es el juez quien paraliza las ejecuciones singulares- y materiales -desaparece el tenebroso control del *sacrificio patrimonial desproporcionado*-. Otras decisiones cuestionables del texto anterior -la imposibilidad de apelar frente a la homologación con oposición- o directamente erróneas -la posibilidad de pedir el concurso necesario del deudor, previa declaración de incumplimiento del acuerdo- se mantienen. Por su extensión y complejidad tendremos que dejar también para mejor ocasión el comentario de las nuevas previsiones sobre cómputo de mayorías en las operaciones sindicadas y sobre afectación de los acreedores con garantía real.

Carl Schmitt, insigne constitucionalista alemán, acuñó en los años 30 del siglo XX el concepto de *leyes de medidas* (Massnahme-Gesetze), con las que se pretende resolver situaciones extremas de forma individual y no general, como la mentalidad racionalista considera en principio que sería función de la Ley. ¿Quiere el Gobierno con el RDL 4/2014 resolver una situación concreta? ¿Quizás una gran refinanciación en ciernes? ¿O una pluralidad de ellas? *Chi lo sà*. Me dirán que estoy paranoico, pero intuyo que la norma comentada se ha redactado con algún acuerdo de refinanciación sobre la mesa.

Carl Schmitt, insigne constitucionalista alemán, acuñó en los años 30 del siglo XX el concepto de 'leyes de medidas' (Massnahme-Gesetze), con las que se pretende resolver situaciones extremas de forma individual y no general, como la mentalidad racionalista considera en principio que sería función de la Ley. ¿Quiere el Gobierno con el RDL 4/2014 resolver una situación concreta? ¿Quizás una gran refinanciación en ciernes? ¿O una pluralidad de ellas? 'Chi lo sà'. Me dirán que estoy paranoico, pero intuyo que la norma comentada se ha redactado con algún acuerdo de refinanciación sobre la mesa.



Reintegración del acuerdo de refinanciación en el RD 4/2014

POR JAVIER YÁÑEZ EVANGELISTA Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Resulta obligado hablar del Real Decreto 4/2014 y de las importantes modificaciones que a resultas del mismo se han introducido, esencialmente vinculadas al estímulo de la refinanciación en sede preconcursal de empresas en situación de crisis. En el reparto de tareas que hemos llevado a cabo mi amigo y compañero Carlos Nieto y este que suscribe, me ha correspondido en suerte el nuevo régimen de reintegración de los acuerdos de refinanciación que, junto a la homologación de dichos acuerdos, hemos de considerar que constituyen los dos platos fuertes de la reforma. En todo caso, la complejidad del tema a tratar excusa de una mayor profundidad en su planteamiento.

Resulta obligado durante esta semana hablar del Real Decreto 4/2014 y de las importantes modificaciones que a resultas del mismo se han introducido, esencialmente vinculadas al estímulo de la refinanciación en sede preconcursal de empresas en situación de crisis. En el reparto de tareas que hemos llevado a cabo mi amigo y compañero Carlos Nieto y este que suscribe, me ha correspondido en suerte el nuevo régimen de reintegración de los acuerdos de refinanciación que, junto a la homologación de dichos acuerdos, hemos de considerar que constituyen los dos platos fuertes de la reforma. En todo caso, la complejidad del tema a tratar excusa de una mayor profundidad en su planteamiento.

Según reza la Exposición de Motivos de la norma que ahora comentamos, se trata de evitar que los acuerdos previstos en el Real Decreto estuvieran sometidos a un riesgo de rescindibilidad que tanto ha retraído hasta ahora la actuación de las partes en fase preconcursal. Tal afirmación podría no resultar cierta, pues la falta de utilización en masa de los acuerdos de refinanciación como mecanismo preconcursal solutorio de la situación de insolvencia de una sociedad se debe a una pluralidad de causas entre las que no creo que podamos situar a primer nivel ese riesgo de reintegración y, en todo caso, no sé si en realidad se logra con la nueva regulación.

En este sentido, es claro que la norma realiza una ampliación del escudo protector frente a hipotéticas acciones de reintegración, y lo hace desde un doble punto de vista. En primer término, suaviza los requisitos que antes exigía el artículo 71 para que el acuerdo de refinanciación regulado en ese precepto quedase a salvo de la acción de reintegración y, en segundo lugar, introduce dos nuevas categorías de acuerdos de refinanciación inmunes frente a la rescindibilidad concursal, como son los regulados en el mismo artículo 71 bis apartado segundo y los de la Disposición Adicional Cuarta, a los que se refiere mi compañero de sección.

En el primer caso, observamos cómo la norma suprime la obligatoriedad del informe de experto independiente sobre el carácter razonable y realizable del plan, así como la proporcionalidad de las garantías prestadas. Se sustituye la exigencia de ese informe por una aséptica certificación del auditor sobre la suficiencia del pasivo suscriptor del acuerdo. Ahora bien, no se excluye totalmente la figura del experto, sino que queda relegado a una mera facultad de las partes. Ese nuevo papel del experto independiente, sin anular consecuencias jurídicas concretas a la emisión del informe o a su ausencia, plantea dos dudas concretas.

En primer lugar, podríamos dudar de la oportunidad de mantener la posibilidad de designación del experto independiente cuando nada añade al reconocimiento del escudo protector. La posibilidad de que las partes se asesoren sobre la razonabilidad del plan de viabilidad no requería de una mención expresa en la ley.

En una primera aproximación podemos enlazar esta previsión con la posibilidad de rescisión

Es claro que la norma realiza una ampliación del escudo protector frente a hipotéticas acciones de reintegración

La norma suprime la obligatoriedad del informe de experto independiente sobre el carácter razonable y realizable del plan

del acuerdo contenida en el artículo 72 de la LC por incumplimiento material de los requisitos exigidos en el artículo 71 bis. En la medida en que existe ese informe del experto independiente, deberíamos presumir que el acuerdo respondía a esa finalidad de ampliar el crédito disponible o modificar obligaciones preexistentes, ello salvo que el curso del incidente quedara desvirtuado por el resto de material probatorio y, desde luego, la emisión de ese informe deberíamos entender que excluye la apreciación de mala fe en el contratante.

El segundo problema, al que hice referencia anteriormente, se enlaza con la redacción del artículo 71 bis anterior al RD y que fue introducida por la Ley de Emprendedores. Tal previsión regulaba el procedimiento de designación del experto independiente, y nada dice la reforma al respecto del mantenimiento del vigor de la norma. Debemos entender que se ha visto sustituida por las previsiones al respecto contenidas en el actual artículo 71 bis apartado cuarto, lo que nuevamente vuelve a dejarnos incógnitas que se pretendían resolver con el artículo 71 bis introducido por la Ley de Emprendedores.

La segunda categoría de acuerdos de refinanciación protegidos frente a la reintegración vendría referida a aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior, pero cumplan las condiciones expresamente previstas en la norma, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación.

Se trata en definitiva de “acuerdos de refinanciación atípicos” en la regulación anterior y respecto de los que tal vez hubiera sido más deseable una presunción de no perjuicio, que llegó a plantearse en trabajos previos, máxime cuando para determinar la concurrencia de dos de las condiciones se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

Esa ampliación del escudo protector tiene un grave riesgo de inseguridad jurídica que precisamente la norma quería evitar, principalmente respecto de los acuerdos analizados en primer lugar. Si leemos el artículo 72, observamos cómo la irrevocabilidad de los acuerdos pasa por que cumplan materialmente las condiciones exigidas en el artículo 71 bis, lo que lleva al examen del supuesto concreto y si el contenido del acuerdo supone o no ampliación significativa del crédito disponible o una modificación de las obligaciones existente. Por otro lado, ¿no se habrá olvidado la norma de un pequeño detalle como es que, además de incumplir los requisitos del artículo 71 bis, el acuerdo haya de ser perjudicial? ¿O es que quiere decir que los acuerdos no cumplan esos requisitos son perjudiciales *iures et de iure*? Es que las prisas no son buenas...

La ampliación del escudo protector tiene un grave riesgo de inseguridad jurídica que precisamente la norma quería evitar, principalmente respecto de los acuerdos analizados en primer lugar. Si leemos el artículo 72 observamos cómo la irrevocabilidad de los acuerdos pasa por que cumplan materialmente las condiciones exigidas en el artículo 71 bis, lo que lleva al examen del supuesto concreto y si el contenido del acuerdo supone o no ampliación significativa del crédito disponible o una modificación de las obligaciones. Por otro lado, ¿no se habrá olvidado la norma de un pequeño detalle como es que, además de incumplir los requisitos del 71 bis, el acuerdo haya de ser perjudicial?

Coto al uso de parados para ‘minijobs’ de la Administración sin contrato laboral

LUCÍA SICRE

El Tribunal Supremo acaba de poner coto al uso por parte de las Administraciones públicas de los llamados trabajos de colaboración social, una fórmula que permite al sector público contar con mano de obra obligada procedente de la lista de parados inscritos en las Oficinas de Empleo ahorrándose la existencia de una relación laboral con la Administración donde se prestan los servicios. El uso de esta herramienta ha despertado polémica en comunidades como la madrileña, donde entró en vigor a finales de mayo de 2013 una nueva política activa de empleo consistente en la canalización de forma temporal a parados que cobran prestación hacia trabajos en ayuntamientos.

Los Programas de colaboración social se definen como aquellos celebrados entre las Administraciones públicas y los perceptores de prestación o subsidio de desempleo. Tienen carácter obligatorio para éstos y, aunque dan derecho a percibir una renta que complementa la prestación por desempleo -nunca se podrá percibir una suma inferior al salario mínimo interprofesional-, no dan lugar a contrato al uso, ya que están excluidos del régimen laboral. Para sus detractores, se trata de una vía perfecta para hacerse con mano de obra barata, ya que la Administración sólo paga la diferencia entre la prestación y el montante total que recibirá cada mes el desempleado. En cualquier caso, la crisis ha dado un empujón al uso de este tipo de contratación: aunque prácticamente no se había utilizado en los últimos 30 años, desde 2006 a 2011 más de 30.000 parados fueron convocados en España a realizar trabajos de colaboración social.

Entre otros requisitos, estos programas tienen que ser de utilidad social y redundar en un beneficio para la comunidad. También es necesario -precisamente sobre este punto se pronuncia el Supremo- que tengan carácter temporal, siendo su duración máxima “la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiera reconocido” (artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social).

Cambio de doctrina

Este precepto había llevado al Supremo a entender en sentencias anteriores que el requisito de temporalidad se cumplía siempre, de manera automática, o lo que es lo mismo, que estos pactos serían “necesariamente temporales, puesto que solamente pueden concertarse con perceptores de prestaciones por desempleo que nunca son indefinidas”. Es decir, según el criterio anterior, no sería necesario que esa temporalidad obedezca a que se trate de una obra o servicio determinado, en el sentido en que se define en el Estatuto de los Trabajadores.



El Supremo fija que la temporalidad debe probarse, sin que sea automática por tratarse de parados con derecho a prestación

Esta herramienta se ha usado muy poco en los últimos 30 años, pero desde 2006 a 2011 ha afectado a 30.000 parados

Sin embargo, el Supremo ha dado un giro a esta lectura, rectificando su doctrina, a través de tres fallos dictados por el Pleno de la Sala de lo Social el pasado 27 de diciembre de 2013. El nuevo criterio se reafirma en una última sentencia, de 22 de enero de 2014, de la que es ponente la magistrada Arastey Sahún, que fija que la temporalidad “debe predicarse del objeto del contrato”, y no de la duración máxima del vínculo.

Así, “el argumento de que precisamente por esa necesidad de que el trabajador contratado sea un desempleado ya existe la temporalidad del objeto de contrato, encierra una clara petición de principio consistente en afirmar que el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo y, por tanto, su objeto cumple necesariamente la exigencia de temporalidad”.

La sentencia considera que, en este caso, “los servicios prestados se corresponden con las actividades normales y permanentes de la Administración demandada, sin que se haya justificado hecho determinante de temporalidad y habiéndose mantenido la relación durante más de dos años a partir de sucesivas prórrogas”.

Por ello, la contratación efectuada “no tiene amparo en el artículo 213,3 de la Ley General de la Seguridad Social, ni en el Real Decreto 1445/1982 y, en consecuencia, no juega la exclusión de laboralidad prevista en el primero de tales preceptos”. Al no existir tampoco causa válida de temporalidad, la denuncia extintiva formulada por la empresa constituye un despido improcedente.

El caso de Madrid

El uso de programas de colaboración social despertó ciertas alarmas el pasado año en la Comunidad de Madrid, tras aprobarse el llamado *Programa de Recualificación Profesional de*

Desempleados Participantes en Trabajos Temporales de Colaboración Social. El programa canaliza de forma temporal a parados que cobran prestación hacia trabajos en ayuntamientos, y contó con la crítica de la oposición y de los sindicatos. Sin embargo, y aunque algunas voces hablaron de la posible inconstitucionalidad del plan, éste preveía un plazo máximo de seis meses de duración. En aquel momento, la ministra de Empleo, Fátima Báñez, aseguró que “no es nuevo” que las Administraciones empleen en régimen de colaboración social a parados que están cobrando prestación, ya que esa posibilidad existe desde 1982. Además, la ministra hizo balance sobre qué comunidades utilizan más esta fórmula, que “no es una medida del Gobierno del PP”, “la utilizan todas las comunidades de España”, de tal forma que las regiones que más la utilizan son “Murcia, Andalucía y Asturias, por este orden”.

El último retoque a la reforma laboral y la 'tarifa plana' en las cotizaciones, ya en vigor

TERESA BLANCO

Si hay una norma que ha estado acompañada de polémica e incertidumbre desde su nacimiento ha sido la reforma laboral. En ella, muchos vieron una suerte de *barra libre* de los despidos colectivos por parte de las empresas. Y lo cierto es que las sentencias que anularon los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) auspiciados bajo la nueva normativa no se hicieron esperar: cerca de las dos terceras partes de las sentencias emitidas en 2012. Para poner fin a esta disensión entre norma y sentencia, el Gobierno lanzó una ofensiva y retocó la reforma laboral en un Decreto Ley de 2 de agosto, que fue muy criticado por sindicatos y oposición, que entendieron que aquella norma limitaba aún más las posibilidades del trabajador de combatir el despido.

Pocos meses después, el pasado 1 de marzo, el Boletín Oficial del Estado (BOE) ha publicado la Ley que valida aquella norma y que ya ha entrado en vigor. Con idéntico título de 'para la Protección de los Trabajadores a Tiempo Parcial y otras medidas de orden económico y social', la Ley, como hiciera el Decreto, deriva en un 'cóctel normativo' que aúna cuestiones tan dispares como el mercado laboral, la morosidad de las Administraciones Públicas o la regulación de las ayudas por el accidente ferroviario de Santiago.

Para empezar, la nueva norma, permite que las empresas multinacionales no presenten cuentas consolidadas del grupo para demostrar la pertinencia del despido colectivo, salvo en el caso de que la sociedad principal tenga su domicilio en España. De modo que se favorece, critican sindicatos y oposición, que empresas con beneficios puedan llevar a cabo despidos colectivos amparándose en pérdidas económicas.

Además, se limitan las posibilidades para presentar reclamaciones individuales, en beneficio de la impugnación colectiva de los representantes de los trabajadores, que asume "un espacio mucho mayor" en palabras de la propia norma, dejando al procedimiento individual relegado a los supuestos excepcionales no resueltos en el proceso colectivo. Eso sí, se permite que las sentencias que declaren nulo un despido colectivo sean directamente ejecutables, sin necesidad de acudir a procedimientos individuales.

Por otro lado, la norma elimina la posibilidad de que, si la empresa tiene varios centros de trabajo, la negociación se lleve a cabo en cada uno por separado. Una previsión de la reforma laboral que había dado lugar a que las negociaciones pudieran concluir con resultados distintos en los distintos centros, llegando a un acuerdo en unos y en otros no. Ahora, la negociación no podrá llevarse a cabo en varias mesas en los grupos empresariales -para evitar que se registren resultados diferentes-. En todos estos procedimientos se establece que la consulta tendrá lugar en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Asimismo, se prevé que

Se elimina la posibilidad de que la negociación se lleve a cabo en varias mesas, una por cada centro de trabajo

La norma prevé la obligación de renovar la demanda como desempleado para poder percibir y conservar la prestación

la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, al tiempo que dispone que el plazo de negociación empezará a correr siete días después de que la empresa comunique su intención de activar el despido colectivo, aun cuando no se haya constituido todavía la comisión de los trabajadores.

El Decreto recoge también medidas para mejorar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. En concreto, la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social contiene las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial y, particularmente, la regla segunda de su apartado 1 se refiere a los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las distintas prestaciones de la Seguridad Social por parte de estos trabajadores. Unos periodos que ahora se modifican para eliminar las discriminaciones padecidas por estos trabajadores en comparación con los empleados a tiempo completo.

Así, la Ley prevé que para acreditar los periodos de cotización necesarios para tener derecho a las prestaciones se tendrán en cuenta los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Pero, además, el periodo de cotización a tiempo parcial computable para acreditar el derecho a una pensión ya no tendrá que ser de quince años. Ahora, el tiempo mínimo de cotización exigido se ajustará al "coeficiente de parcialidad" que acrediten a lo largo de toda la vida laboral estos trabajadores, y que figura en el Fichero General de Afiliación. Por último, la norma clarifica la obligación de inscribirse como demandante de empleo y la renovación de dicha demanda como un requisito necesario para percibir y conservar la prestación y el subsidio por desempleo.



La bajada de las cotizaciones para mejorar el empleo

Paralelamente, el BOE ha publicado el Real Decreto-ley 3/2014, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, que prevé reducir las cotizaciones sociales "para favorecer la creación neta de empleo estable" a una *tarifa plana* de 100 euros al mes, para la contratación a tiempo completo, que se podrá disfrutar durante 24 meses con la que la empresa deberá mantener al trabajador al menos durante tres años. Además, prevé una tarifa 75 y 50 euros, para la contratación a tiempo parcial equivalente, respectivamente, al 75 por ciento y al 50 por ciento de la jornada comparable a tiempo completo. Según el Gobierno, esta medida podrá beneficiar a 332.100 contratos indefinidos, y hará que, en el plazo de tres años, el PIB crezca un 0,3 por ciento más de lo que lo habría hecho sin la medida, y el empleo un 0,31 por ciento.



El control judicial de las modificaciones sustanciales

POR MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA Magístrado de la Audiencia Nacional

La reforma laboral regula y potencia la denominada flexibilidad interna, permitiendo la modificación de las condiciones de trabajo en la empresa. La STS de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) constituye un claro ejemplo de la aplicación de los criterios de flexibilidad interna en la empresa y contiene una doctrina importante acerca del alcance del control judicial sobre las decisiones del empresario. El artículo 41 del ET permite a la empresa “acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Sobre ello, el Supremo realiza tres importantes afirmaciones.

La reforma laboral contenida en la Ley 3/2012 regula y potencia la denominada flexibilidad interna, permitiendo la modificación de las condiciones de trabajo en la empresa. La STS de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) constituye un claro ejemplo de la aplicación de los criterios de flexibilidad interna en la empresa y contiene una doctrina importante acerca del alcance del control judicial sobre las decisiones del empresario.

El supuesto de hecho del caso puede resumirse en los siguientes puntos: hasta la modificación introducida por la Ley 3/2012, las comisiones se abonaban a los trabajadores de las diversas tiendas del Grupo Cortefiel desde la primera venta; a raíz de la modificación, la empresa adopta, sin acuerdo con los representantes legales de los trabajado-

res, una decisión por la que sólo se cobrarán comisiones “si la tienda donde se prestan servicios cumple los presupuestos fijados por la cadena”; el presupuesto de ventas para el ejercicio 2012, fue fijado en el 3 por ciento de superación respecto del ejercicio anterior en cada una de las tiendas del Grupo; en el periodo 2007 a 2011, las ventas del comercio minorista textil a nivel estatal han caído en torno al 30 por ciento y las del Grupo Cortefiel más del 16,91 por ciento; de las 864 tiendas del grupo, 72 se hallaban en pérdidas.

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores permite a la empresa “acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”. En concreto, entre otras condiciones, la empresa puede modificar el “sistema de remuneración y cuantía salarial”.

Pues bien, interpretando el artículo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo realiza tres importantes afirmaciones:

La primera es que la nueva norma permite, con claridad que el salario puede “ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario”, con el único límite de la retribución prevista en el convenio colectivo. No es que la retribución establecida en el convenio colectivo no pueda alterarse sino que, en tal caso, no cabe aplicar el mecanismo previsto en el artículo 41, sino que debe acudirse al regulado en el artículo 82.3 del ET, donde se regula el proceso de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los Convenios Colectivos.

La posibilidad de que el empresario pueda alterar unilateralmente lo pactado con las representaciones de los trabajadores -por ejemplo los denominados “convenios colectivos extraestatutarios”- ha sido criticada por un sector de la doctrina que afirma que, tras la reforma, estamos ante meros *pacta que non sunt servanda*.

La segunda es que debe concurrir una causa económica, técnica, organizativa o de producción. Siendo los jueces quienes deberán controlar la concurrencia de dicha causa, pues sólo así está justificada la medida.

La tercera es que, pese a que de una primera lectura de la reforma pudiera inferirse lo con-

El TS aclara que son los jueces quienes deberán controlar la concurrencia de causa; sólo así está justificada la medida

Pese a que pudiera inferirse lo contrario, los jueces tienen el deber de controlar la “razonabilidad” de la medida

trario, los jueces tienen el deber de controlar la “razonabilidad y proporcionalidad de la medida”. La Sala toma claramente posición frente a los que pretenden que el control judicial se limite a la existencia de causa.

En efecto, la Sala distingue entre la “oportunidad” de la medida adoptada, que queda fuera del ámbito del control judicial por tratarse de una cuestión de gestión empresarial; y la proporcionalidad y racionalidad de la medida, que sí queda sometida al control judicial. Es más, la Sala razona que este control comprende el examen de la adecuación de la medida a los fines legales que se pretenden conseguir; el carácter “alcanzable” o si se quiere no abusivo de la medida; y la “patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta”.

No cabe, por lo tanto, controlar la opción de gestión realizada por el empresario; oponer que frente a la medida adoptada puedan tomarse otras es una posición destinada al fracaso, pues corresponde al ámbito de gestión del empresario escoger la medida que considere más conveniente. Ahora bien, una vez realizada tal opción, sí es posible realizar un juicio sobre su “adecuación”.

En el caso de autos, verificada la existencia de causa económica, la Sala llega a la conclusión de que la medida es adecuada por las siguientes razones: la determinación de la comisión fijando un suelo mínimo de ventas en cada tienda es razonable, pues persigue mejorar la productividad y competitividad, “incentivando al vendedor”; el objetivo de fijar un mínimo del 3 por ciento no es inalcanzable o irreal, de hecho la empresa probó que en el mes siguiente a la implantación del nuevo sistema, el 31,8 por ciento de las tiendas había alcanzado el nuevo suelo de ventas; que este suelo tiene la contrapartida de un incremento en los porcentajes de la comisión; y, por último, que la prolongación de un nivel de ventas inferior al de 2007, haría irreversible el cierre de las tiendas no rentables, con pérdida de empleos.

En nuestra opinión, la sentencia es acertada y centra el control judicial en sus justos términos. La reforma no se ha hecho con el fin de permitir la degradación de las condiciones laborales, lo que, por otra parte, sería contrario, como afirma la Sala, a los principios del Derecho Comunitario; sino para permitir una equilibrada adaptación entre las condiciones de trabajo y las necesidades de la empresa, siendo precisa una aplicación razonable de las posibilidades de gestión concedidas al empresario, que los jueces, con prudencia, deben controlar.

La vieja idea del *ultra vires* material que entiende que ningún poder, el empresarial tampoco, es ilimitado, cobra de esta forma vigencia. Todo poder debe ejercerse de forma razonable, de buena fe y dentro del respeto de los principios constitucionales y generales del Derecho. Esta importante sentencia nos lo recuerda.

La reforma no se ha hecho con el fin de permitir la degradación de las condiciones laborales, sino para permitir una equilibrada adaptación entre las condiciones de trabajo y las necesidades de la empresa, siendo precisa una aplicación razonable de las posibilidades de gestión concedidas al empresario, que los jueces, con prudencia, deben controlar. La vieja idea del ‘ultra vires’ material que entiende que ningún poder, el empresarial tampoco, es ilimitado, cobra de esta forma vigencia. Todo poder debe ejercerse de forma razonable, de buena fe y dentro del respeto de los principios constitucionales y generales del Derecho. Esta importante sentencia nos lo recuerda.



Mentira, pero no falso

POR EDUARDO DE URBANO CASTRILLO Doctor en Derecho. Magistrado

Colaborar con la Justicia es una obligación constitucional (artículo 118 CE). Pero para que la falta o deficiencia de tal colaboración constituya delito, es necesario que se den los requisitos legales de la falsedad o la desobediencia penales. En el caso que hoy comentamos, se mintió al Juzgado, pero no se dieron los presupuestos que exige el principio de tipicidad, que es la concreción en el orden penal del principio de legalidad. ¿Se puede mentir, pues? No es recomendable, aparte de porque está feo, porque puede tener que soportarse un proceso con su correspondiente *suspense* y que puede acabar en una condena. Aunque en esta ocasión, no fuera el caso. Veamos.

Colaborar con la Justicia es una obligación constitucional (artículo 118 CE). Pero para que la falta o deficiencia de tal colaboración constituya delito, es necesario que se den los requisitos legales de la falsedad o la desobediencia penales. En el caso que hoy comentamos, se mintió al Juzgado, pero no se dieron los presupuestos que exige el principio de tipicidad, que es la concreción en el orden penal del principio de legalidad.

¿Se puede mentir, pues? No es recomendable, aparte de porque está feo, porque puede tener que soportarse un proceso con su correspondiente *suspense* y que puede acabar en una condena. Aunque en esta ocasión, no fuera el caso. Veamos.

Antecedentes:

En la sentencia de la Audiencia se contienen los siguientes hechos, que resumidamente se exponen: 1. A fin de proceder a la construcción de una serie de viviendas, en octubre de 2008 la sociedad cooperativa V. V., cuyo presidente y representante era Arnaldo, mayor de edad y sin antecedentes penales, contrató los servicios de Estructuras L. SL, acordando que la primera retendría a la segunda un 10 por ciento mensual de las cantidades a abonar para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Estructuras L. SL.

2. Estructuras L. SL encargó a la empresa Electricidad C. SL el montaje de la electricidad de las obras en construcción.

3. Como quiera que Estructuras L. SL incurrió en una deuda con la empresa de electricidad, ésta entabló un proceso cambiario, acordándose por el Juzgado que llevaba dicho procedimiento librar oficio el 10 de mayo de 2010, a la Sociedad Cooperativa V. V. para que procediese a la retención de los créditos que Estructuras L. SL ostentase frente a la sociedad cooperativa, a fin de facilitar el cobro de las deudas por importe de 25.618 euros de principal y 7.685 euros de intereses y costas que la empresa de montajes eléctricos tenía frente a Estructuras L. S.L.

4. Dado que dicho oficio no obtuvo respuesta alguna por parte de la cooperativa V.V., el Juzgado envió un segundo oficio recordatorio con fecha 20 de julio de 2010, contestando Arnaldo que la sociedad cooperativa ninguna cantidad adeudaba a Estructuras L.SL a fecha 10 de mayo de 2010, siendo lo cierto, sin embargo, que en dicha fecha la sociedad cooperativa adeudaba por retenciones de obra a Estructuras L. SL 641.143'55 euros.

5. A consecuencia de dicho informe, no se pudo proseguir con la ejecución de los créditos en el Juzgado que tramitaba el procedimiento cambiario aludido.

Resolución:

La Audiencia absolvió a Arnaldo del delito de falsedad de certificado tipificado en el artículo 399.1 del Código Penal del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, y de los delitos de

Aunque hubo falta a la verdad, careció de aptitud legal para integrar un supuesto de hecho punible

El legislador sólo castiga faltar a la verdad en la narración de los hechos si se hace en documentos públicos, no en privados

estafa procesal del artículo 248 en relación con el 249 y 250.7º del Código Penal, falsedad documental de los artículos 392 en relación con el 390 del Código Penal, y, finalmente, del delito de desobediencia a la autoridad judicial del artículo 556 del Código Penal de los que venía siendo acusado por la acusación particular. El Tribunal Supremo, en STS 5-12-2013 Rec. Cas. 1048/2013, mantuvo la absolución, con condena en costas de la parte recurrente.

Comentario:

El Tribunal Supremo desmonta el recurso, recordando que “por el juego del artículo 390 en su relación con el artículo 392, ambos del Código Penal, faltar a la verdad de los hechos en un documento público, oficial o mercantil y también privado (artículo 395 del CP) es conducta que, realizada por un particular, no constituye delito”.

También se desestima la aplicación de los artículos 398 y 399,1 del CP porque la certificación remitida por Arnaldo al Juzgado no se encuentra en ninguno de los casos que el tipo objetivo del segundo de ambos preceptos exige, pues se ha de tratar de una certificación “de las designadas en los artículos anteriores”, o sea, de las emitidas por facultativos, por autoridades o funcionarios, pero, clarísimamente, no es el caso, puesto que Arnaldo no reunía ninguna de esas condiciones.

En cuanto a la posible desobediencia a la autoridad judicial, no se considera acreditada por dos razones: primera, porque en ningún caso se produjo por parte del Juzgado el requerimiento cuya concurrencia habría sido presupuesto necesario para dar lugar a la infracción cuya existencia se postula, además de que el acusado obedeció la orden cuando el juez se dirigió a él por segunda vez; y segundo, porque lo realmente ordenado fue retener los créditos que Estructuras L. pudiera tener frente a la cooperativa, y no hay constancia de que aquel, desatendiera la orden judicial omitiendo esa retención.

En definitiva, como se dice en la sentencia de casación, “aunque hubo falta a la verdad por parte de Arnaldo, la misma careció de aptitud legal para integrar un supuesto de hecho punible”, siendo obvio que no se puede condenar al margen de la ley.

Pero nadie le ahorró el proceso y el *susto en el cuerpo* a quien mintió, pero no falseó, lo que le solicitó un Juzgado.



GETTY

El Tribunal Supremo desmonta el recurso, recordando que “por el juego del artículo 390 en su relación con el artículo 392, ambos del Código Penal, faltar a la verdad de los hechos en un documento público, oficial o mercantil y también privado (artículo 395 del CP) es conducta que, realizada por un particular, no constituye delito”. También se desestima la aplicación de los artículos 398 y 399,1 del CP porque la certificación remitida por Arnaldo al Juzgado no se encuentra en ninguno de los casos que el tipo objetivo del segundo de ambos preceptos exige, pues se ha de tratar de una certificación “de las designadas en los artículos anteriores”.

LA LUPA

Contestar tarde y mintiendo a un Juzgado no constituye desobediencia si no se incumple directamente un requerimiento



Informe al reglamento de la Ley 10/2010

El CGPJ censura el reglamento 'antiblanqueo'

La norma llega con casi cuatro años de retraso y no fija una fecha para la creación su 'órgano estrella': el Fichero de Titularidades Financieras

LUCÍA SICRE

La Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, prometía marcar un antes y un después en la lucha contra estas actividades. Sin embargo, la falta de desarrollo reglamentario del nuevo marco legal -que llegará con casi cuatro años de retraso- ha dejado en suspenso muchas de sus previsiones. Según la Disposición final quinta de la Ley, el Reglamento de la Ley debió estar listo, como máximo, el 30 de abril de 2011, pero, sin embargo, a día de hoy aún se encuentra en plena tramitación.

De hecho, y como parte del protocolo de aprobación de la norma, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acaba de hacer público su informe sobre el futuro Reglamento, en el que censura, entre otras cosas, un "problema doble": la Ley llega a tratar con excesivo detalle cuestiones que "bien pudieran haberse deferido al Reglamento"; y en otros casos "la Ley remite al reglamento prácticamente en blanco toda la decisión sobre la materia".

Según el informe, a pesar de que este problema ya se advirtió en su día, "el texto normativo de la Ley 10/2010 finalmente aprobado adolece de esta deficiencia técnica, que, lógicamente, tiene una importante incidencia en el texto reglamentario ahora informado".

Determinación de los sujetos obligados a cumplir con la Ley

La Ley aprobada en abril de 2010 reguló las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de activi-

dad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación en la comisión de un delito. Así, se estableció la obligación de comunicar las operaciones que presentaran indicios de estar relacionados con alguna de estas actividades, regulándose, además, la obligación de comunicación sistemática de operaciones al Servicio Ejecutivo.

En cuanto a los sujetos obligados a cumplir con las obligaciones de vigilancia que estableció la Ley -y que ahora deberán atender a su desarrollo reglamentario-, ésta hace referencia a las entidades financieras en general, así como a los servicios postales; las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos; los promotores inmobiliarios; los auditores de cuentas; los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles; y también los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en ciertos negocios jurídicos, entre otros. Además, se extiende esta obligación a "las personas que comercien profesionalmente con bienes", respecto de las transacciones en que los cobros o pagos se efectúen por importe superior a 15.000 euros, ya se realicen en una o en varias operaciones entre las que parezca existir algún tipo de relación. En función de un análisis del riesgo, "podrán extenderse reglamentariamente respecto de las referidas transacciones todas o algunas de las restantes obligaciones establecidas en la Ley"

Precisamente uno de los aspectos que critica el informe es el hecho de que la Ley prevea expresamente que "reglamentariamente podrán excluirse de la condición de sujetos obligados a aquellas personas que realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera muy limitada cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo". De hecho, el Reglamento contiene, como uno de sus puntos clave, la exclusión de la aplicación de la Ley 10/2010 a los sujetos obligados cuya actividad sea cambio de moneda extranjera realizada en establecimientos hoteleros bajo ciertos requisitos y los actos notariales o registrales, que se determinen mediante orden, por carecer de contenido económico patrimonial y no ser relevantes en esta materia.

Según recoge el texto del Poder Judicial, la procedencia de remisión al reglamento de esta cuestión fue ya cuestionada en el informe del Consejo de Estado, que entendía, "con acierto a juicio de este CGPJ, que la determinación de esta exclusión no correspondía hacerla al reglamento sino que debería estar contenida en el texto legal".

Obligaciones de las pequeñas empresas

Además, el Reglamento excluye de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley, así como en el Reglamento, a sujetos obligados con menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no



GETTY

El CGPJ critica que la Ley prevea que “reglamentariamente” puedan excluirse a algunos sujetos obligados

La estructura de la empresa no debe ser criterio para ‘librar’ a ciertos organismos de obligaciones, por su pequeño tamaño

supere los 2 millones de euros, siempre y cuando no formen parte de un grupo empresarial. Estos sujetos no tendrán que llevar a cabo una conservación digitalizada, ni tampoco tendrán que aprobar por escrito y aplicar procedimientos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Se *libran* también de llevar a cabo un análisis de riesgo documentado con el que fundamentar esos procedimientos de control interno.

Sobre este punto, el Poder Judicial lanza en su informe una objeción que no reviste carácter técnico-jurídico en relación con la habilitación otorgada por la Ley al Reglamento, sino “de oportunidad o acierto en la elección del criterio”. “Concretamente, no parece que la estructura de la empresa del sujeto obligado sea el parámetro idóneo para esta exclusión, como entendemos sí lo serían, por el contrario, las características de los clientes o de las operaciones, cuestiones ajenas a la voluntad del sujeto obligado, no así su estructura, que depende íntegramente del propio sujeto”, asegura el informe.

Además, “puede tacharse de cierta imprecisión en la mención a *personas ocupadas*, pues ni se define este concepto ni cómo se computa -de manera que podría incluirse personal de la empresa que realiza funciones ajenas a la actividad desarrollada por el sujeto obligado, como personal auxiliar de mantenimiento- ni desde cuándo, siendo conveniente el establecimiento de un plazo superior al anual”. por otra parte, no resulta claro si los empleados de los agentes deben de computarse o no a los efectos del requisito de número de personas empleadas. Según el informe del CGPJ, “todas estas cuestiones deberían especificarse en el Reglamento”, una crítica que se extrapola a todos los casos en los que la exclusión se basa en la estructura de la empresa, lo que ocurre en varias ocasiones a lo largo del texto reglamentario -concretamente, en los artículos 29.1, 30.3, 31.3, 33.1 y 2, 36.5, entre otros-.

Reconstrucción de operaciones registrales como “prueba en juicio”

El Reglamento también contiene una previsión que el Poder Judicial considera “problemática”: el artículo 27 fija que los registros deberán permitir la reconstrucción de operaciones individuales para proporcionar, si fuera necesario, “prueba en juicio”. La queja no es nueva, dado que existe una mención similar -referida al valor de las actas de intervención- en el informe a la Ley 10/2010. Pese a ello, el legislador mantuvo tal previsión en el actual artículo 35.2 *in fine* de la Ley 10/2010 y en el artículo 44.1 *in fine* del Reglamento.

Según el informe, “en aquella ocasión se dijo, y es conveniente reproducir aquí, que la presunción de certeza de los documentos oficiales no es trasladable al proceso penal, en el que rige el principio de libre valoración de la prueba (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”. Por ello, el Poder Judicial considera que el tenor literal del artículo 27 del Reglamento debe ser sustituido por una expresión relativa a que el registro las operaciones individuales debe permitir que éstas sean reproducidas en juicio para que puedan surtir, en su caso, efecto probatorio.

Fichero de Titularidades Financieras

El informe también valora lo regulado en materia del Fichero de Titularidades Financieras, una nueva herramienta que aún no ha visto la luz y que permitirá a Hacienda disponer de los nombres de los titulares de todo tipo de cuentas bancarias y fondos a plazo de cualquier persona que

El informe recuerda que la presunción de certeza de los documentos oficiales no es trasladable al proceso penal

Se prevén dilaciones procesales por las previsiones en materia de uso de los datos del Fichero de Titularidades Financieras

opere en España. Para el CGPJ, tiene especial relevancia el inciso segundo del artículo 51.2 del Reglamento, que dispone que “los informes en los que el Servicio Ejecutivo de la Comisión [de Prevención de Blanqueo de Capitales] incorpore datos del Fichero de Titularidades Financieras tendrán la consideración de informes de inteligencia financiera a los efectos previstos en el artículo 467 de la Ley 10/2010”. De este modo, el informe no podrá ser incorporado al atestado ni al procedimiento judicial, no pudiendo ser tenido como prueba, por lo que el juez, el Ministerio Fiscal o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado destinatarios de un informe de esas características deberán acudir directamente a las fuentes de prueba que se citan en el informe (el Fichero de Titularidades Financieras) a fin de obtener esos datos, que, sí podrán ser aportados al procedimiento.

Esto crea, a juicio del CGPJ, una “importante disfunción operativa en la investigación penal, con la consiguiente dilación y peligro de frustración de la misma, por lo que sería aconsejable que se estableciera la obligación de que el Servicio Ejecutivo de la Comisión, encargado del tratamiento de datos del Fichero de Titularidades Financieras, al informe -considerado informe de inteligencia financiera-, en el que hace una valoración de los datos que figuran en el Fichero, adjuntara, fuera de él, los datos mismos, que sí podrían ser utilizados válidamente en la investigación criminal”.

Además, se critica que el Reglamento no disponga una fecha para la entrada en funcionamiento del Fichero de Titularidades Financieras -la disposición transitoria primera del Reglamento dispone que la fecha de su entrada en funcionamiento será determinada por el Servicio Ejecutivo de la Comisión, debiendo ponerse en conocimiento de las entidades de crédito con una anticipación mínima de seis meses-. Para el CGPJ, hubiera sido deseable que la fecha de entrada en funcionamiento del Fichero “quedara concretada en el texto Reglamentario, toda vez que ha transcurrido con creces plazo suficiente para ponerlo en funcionamiento, puesto que ya venía contemplada su creación en el artículo 43 de la Ley 10/2010 y que la falta de desarrollo de esta previsión ha sido lamentada desde distintas instituciones (recientemente, por ejemplo, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las Diligencias de Investigación)”.

Por último, se propone que se incluya como vocal de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias al presidente del CGPJ o vocal en el que éste delegue.

Comprobar la identidad en operaciones de más de 1.000 euros

Las matizaciones al texto del Reglamento que desarrolla la Ley 10/2010 también han venido de la mano del Instituto de Expertos en Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (Inblac). El organismo, que aglutina a profesionales, docentes e investigadores de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo con el objetivo de actuar como su interlocutor frente a las Autoridades competentes, especialmente el Sepblac, ha emitido un informe en el que arremete contra algunas previsiones, en la línea de lo comentado por el Poder Judicial. Por ejemplo, se censura que la obligación de identificación y comprobación de la identidad de personas físicas o jurídicas se limite en el Reglamento a las operaciones ocasionales cuyo importe sea igual o superior a 1.000 euros. Según Inblac, la Ley “no impone ninguna limitación en este sentido, por lo que consideramos que es un exceso reglamentario no contemplado en la Ley”. En el mismo sentido, el CGPJ asegura en su informe que esta previsión “supone una vulneración del principio de jerarquía normativa, por cuanto que conforme al artículo 3.1 de la Ley 10/2010, no es posible fijar un umbral cuantitativo”.

Anteproyecto e informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La Ley de Patentes se simplifica y pone al día

La futura regulación prevé volver al examen obligatorio de novedad para verificar que las solicitudes sean nuevas y aportan actividad inventiva

XAVIER GIL PECHARROMAN

El anteproyecto de Ley de Patentes, elaborado por el Ministerio de Industria, en colaboración con la Oficina Europea de Patentes y Marcas (Oemp), está pensado para sustituir a la actual Ley 11/1986 de 20 de marzo, de Patentes, que vino a armonizar el Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929 con la normativa comunitaria, con motivo del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea.

Desde entonces, muchas han sido las modificaciones legislativas que se han producido y, por tanto, muchas las voces que reclamaban la necesidad de refundirlas en un solo texto.

La nueva Ley introduce cambios tan sustanciales como que para obtener una nueva patente sea exigible pasar un examen previo. Con ello, se eliminará el doble sistema actual, donde coexisten las llamadas 'patentes fuertes', con examen, y las 'patentes débiles', sin examen, que se considera que suponen una restricción injustificada a la libre competencia. Con el examen, se trata de acreditar que las invenciones sean nuevas e incluyan una actividad inventiva.

Con el sistema en vigor el solicitante puede, a la vista de un Informe sobre el Estado de la Técnica (IET) desfavorable, obtener la concesión de su patente eludiendo el examen. Tras la concesión, el titular pagaría las anualidades de mantenimiento de su patente y, en el caso de que actúe mediante un agente de la Propiedad Industrial (API), éste percibiría los honorarios que le correspondan por el pago de anualidades.

En tal caso, la patente estaría viciada de nulidad, pero el titular podría ejercitar las acciones de cesación e indemnización contra cualquier tercero que vulnera su patente, y la única vía para impedir que produzca efectos es mediante la declaración de nulidad. Para ello, es preciso que el interesado la impugne ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, bien a través de una acción directa, bien a través de una reconvencción. Por eso, a las patentes sin examen previo y con un IET desfavorable se las suele denominar *patentes débiles*.

Periodo de gracia y licencias obligatorias

También, se suprime el periodo de gracia para las divulgaciones de la patente realizadas por el propio inventor, una manera de evitar la creación de monopolios en España que protejan a invenciones que ya formen parte del dominio público.

Y se contempla expresamente la constitución de licencias



GETTY

obligatorias como remedio frente a prácticas anticompetitivas y abusos de posición de dominio.

Las licencias obligatorias, se vinculan a los cuatro supuestos del artículo 91.1, que se refieren: a) a la falta o insuficiencia de explotación de la invención patentada; b) la dependencia entre las patentes, o entre patentes y derechos de obtención vegetal; c) la existencia de motivos de interés público para la concesión; y la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación en aplicación del Reglamento (CE) nº 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006.

El régimen de licencias obligatorias propuesto en el Anteproyecto incorpora como novedad la referencia al supuesto previsto en el Reglamento (CE) nº 816/2006, que prevé la concesión de licencias obligatorias sobre patentes relativas a la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación a países con problemas de salud pública. Fuera de este supuesto, se mantienen los otros tres supuestos mencionados.

La constitución de una licencia obligatoria en determinados casos de abuso de posición de dominio, puede ser un remedio potencialmente útil. La facultad de la CNMC de obligar a una empresa a compartir activos esenciales con sus competidores a través de una licencia obligatoria cuando resulte necesario para solucionar problemas de competencia encuentra acomodo legal en el artículo 53.2 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), precepto que habilita al Consejo de la CNMC a imponer "condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento".

El texto de Industria señala en su Exposición de Motivos que esta clase de licencias están vinculadas "a prácticas anticompetitivas o posiciones de dominio que pueden abordarse desde el Derecho de la competencia o mediante la intervención directa del Gobierno por motivos de interés público"

Desplazamiento de los procedimientos

En el marco internacional varios factores han contribuido al cambio. Uno es el desplazamiento desde los procedimientos de concesión nacionales a los internacionales y el crecimiento en número y proporción de las patentes tramitadas a través de estos últimos, ya que en 1986 todas las patentes con efectos en España se han venido concediendo en la Oemp, al tiempo

En el texto se suprime el periodo de gracia para las divulgaciones de la patente realizadas por el propio inventor

Se regulan las licencias obligatorias como remedio ante prácticas anticompetitivas y abusos de posición de dominio

que España puede ser designado o elegido en las solicitudes internacionales en virtud del tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), siendo además la Oemp, la administración de búsqueda y examen preliminar internacional.

En la norma se incorporan las modificaciones adoptadas para las patentes europeas tras el Acta de revisión del Convenio de Concesión de Patentes Europeas (CPE), al permitir que se patenten sustancias o composiciones ya conocidas para uso como medicamento o para nuevas aplicaciones terapéuticas. También, sobre los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico y de diagnóstico siguen excluidos de la protección por patente en los mismos supuestos en que lo estaban antes, pero sin necesidad de recurrir a la ficción sobre su falta de aplicación industrial.

Se suprime la presunción *de iure*, que permitía al empresario reclamar la titularidad de las patentes que solicitara dentro del año siguiente a la extinción de la relación de empleo por otra que admite prueba en contrario de que las invenciones se realizaron durante la vigencia de la misma.

Personal investigador público y empleados de sociedades

En los referente a las invenciones realizadas por el personal investigador al servicio de las universidades públicas, organismos públicos de investigación de otras Administraciones públicas se ha procurado integrar la norma de la Ley de Patentes con las de la Ley de Ciencia y Tecnología y la Innovación, que modificó a la propia Ley de Patentes en su disposición final segunda, y de la Ley de Economía Sostenible. Señala el Preámbulo del Anteproyecto, que “es esta una materia sobre la que inevitablemente existirá una cierta dispersión normativa dada la remisión de la propia Ley de Patentes a los estatutos de universidades y la potestad reglamentaria del Gobierno o de las comunidades autónomas”.

También, en relación con las invenciones realizadas por empleados se modifican las normas de la Ley anterior referidas a la conciliación ante la Oemp en caso de litigio, que pasa a ser voluntaria, y sobre la composición de la comisión encargada de aplicarla, cuya paridad, cuya paridad quedaba en entredicho cuando, como era frecuente, el empleado, al plantear la reclamación había dejado de pertenecer a la plantilla de la empresa.

Siendo, además, competente el orden jurisdiccional civil, donde no es obligatoria la conciliación, se ha suprimido la norma que prohibía al juez admitir demandas sin acreditar la disconformidad de alguna de las partes con la propuesta de acuerdo, y pierde la razón de ser el carácter preceptivo de esta última si no hay avenencia.

Solicitud de que se eliminen los modelos de utilidad

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha realizado un informe sobre el Anteproyecto de Ley de Patentes en el que se muestra muy crítica con algunos aspectos de la futura regulación. Así, pide que se eliminen los modelos de utilidad porque permiten la constitución de monopolios sobre innovaciones de insuficiente calidad.

Recomienda que la legitimación para impugnar patentes se abra a cualquier persona; y considera que los Agentes de la Propiedad Intelectual (API) son una barrera de entrada para los solicitantes extracomunitarios.

Con carácter general, la CNMC considera que las patentes, al igual que los demás derechos

Se elimina la mediación obligatoria en las discrepancias entre el empleado y la sociedad y tendrán un carácter voluntario

La CNMC pide acabar con los modelos de utilidad a los que considera monopolios legales que restringen la competencia

de propiedad intelectual, constituyen monopolios legales y, como tales, configuran restricciones a la competencia que deben ser analizadas, como cualquier otra restricción.

Propone también, que la legitimación para solicitar la declaración de nulidad de una patente no debería limitarse a quienes se consideren perjudicados y a la Administración pública, sino que debería permitirse a cualquier persona como mecanismo para la depuración de monopolios indebidamente concedidos.

En segundo lugar, la CNMC recomienda que el órgano proponente de la norma realice un examen de profundidad de los modelos de utilidad dirigido a eliminarlos. Esta figura de los modelos de utilidad permite la concesión de monopolios de hasta 10 años de duración a invenciones que podrían no implicar una actividad inventiva que los justifique. Su concesión se otorga sin la realización de un examen previo y su funcionamiento los configura como un sustitutivo imperfecto de las patentes, con limitado alcance geográfico.

En consecuencia, la CNMC considera en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Patentes, que sólo debería mantenerse la figura de los modelos de utilidad si tras dicho análisis el interés general los justificase. Subsidiariamente, en caso de mantenerse, se recomienda que su concesión se someta a un examen previo obligatorio al igual que las patentes.

Agentes de la Propiedad Intelectual

Respecto a la actividad de los agentes de Propiedad Intelectual (API), considera que son una barrera de entrada no justificada frente a los no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea, dado que se exige una traducción firmada por ellos, y recomienda la eliminación de su intervención preceptiva.

Por otra parte, la reserva de actividad en la traducción de solicitudes de patente europea e internacionales en favor traductores jurados y API no se considera suficientemente justificada. En la medida en que los API se encuentran habilitados para realizar esta actividad, cabría valorar la extensión de la prestación de estos servicios a terceros profesionales con acreditada capacitación técnico-lingüística. Por último, la CNMC recuerda la necesidad de que el desarrollo reglamentario de las condiciones para el acceso a la profesión de API no contenga barreras injustificadas, especialmente en relación con las pruebas de aptitud requeridas, la constitución de fianzas y los seguros de responsabilidad civil exigibles.

Otros cambios destacables a tener en cuenta en la norma

El Anteproyecto trata de simplificar al máximo los requisitos para obtener fecha de presentación armonizados por el Tratado de Derecho de Patentes y que se aplican en los procedimientos internacionales. Entre los requisitos de la solicitud se incluye la obligación de informar sobre el origen geográfico o la fuente de procedencia de la materia biológica de origen vegetal o animal a que la invención se refiera, aunque esta información no prejuzgue la validez de la patente. Otra novedad es el reconocimiento de la prioridad interna, para no discriminar a quienes presentan su primera solicitud en España y permitirles la presentación mejorada o corregida de solicitudes posteriores beneficiándose de los efectos de la prioridad para los elementos comunes para las dos solicitudes. También, se reduce el coste administrativo y documental limitando a los casos estrictamente necesarios la obligatoriedad de aportar copias certificadas y traducidas de las soluciones anteriores en las que se funda la prioridad. En el sistema de concesión, el texto se aparta de la reforma practicada por el Real Decreto 8/1988 y vuelve al examen previo generalizado de novedad, vigente en el origen de la Ley de 1986.

La nueva Ley de Patentes: un paso adelante para la innovación española

POR FRANCISCO JAVIER SÁEZ Director del Área de Innovación de Elizaburu S.L.P.

Cuando en 1986 se promulgó nuestra actual Ley de Patentes, ello supuso un paso de gigante en la modernización del sistema español de protección de la Propiedad Industrial, convirtiéndolo en un sistema a la altura de los países de nuestro entorno y acabando con anacronismos del anterior Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929, como las denominadas patentes de importación o las patentes de cobertura. Sin embargo, han transcurrido casi 30 años y los avances de la sociedad en este tiempo han causado que, en ciertos aspectos, nuestra actual Ley acuse el tiempo transcurrido. Por ello, desde la OEPM se está promoviendo una nueva Ley de Patentes.

En nuestro actual sistema, uno de los puntos que más controversia ha ocasionado en los últimos años es el llamado sistema de concesión opcional o 'a la carta', según el cual el solicitante puede escoger entre el procedimiento tradicional de concesión, en la cual la patente se concede siempre, independientemente de si el Informe sobre el Estado de la Técnica haya salido positivo o negativo, o bien el procedimiento con examen previo, en el que los examinadores de la OEPM evalúan la solicitud de patente desde el punto de vista sustantivo, y la patente sólo se concede si consideran que la invención reivindicada cumple los requisitos legales de novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. Este sistema, que pretendía ir introduciendo progresivamente el examen previo en nuestro país, no se puede decir que haya tenido éxito ya que, a día de hoy, sólo un 8 por ciento de las solicitudes se tramitan por la vía del examen previo. Ello implica que los restantes títulos, el 92 por ciento, han sido concedidos incluso aunque la invención reivindicada en ellos careciera ostensiblemente de los requisitos legales de patentabilidad. Este hecho traslada a la sociedad, los competidores y los tribunales la carga de anular patentes que tal vez nunca debieron ser concedidas.

Este es, probablemente, el principal cambio que se puede observar en el anteproyecto de Ley de Patentes: a partir de ahora, el examen sustantivo de la invención será obligatorio, y sólo se concederá la patente si la invención reivindicada cumple los requisitos legales para que una invención sea patentable. Pero éste no es el único cambio que introduce el nuevo anteproyecto de Ley, ni mucho menos: distintos cambios normativos habidos en la legislación internacional de patentes durante este tiempo, desde la adhesión de España al Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Industrial relacionados con el Comercio (Adpic) en 1995, pasando por el Acta de revisión del Convenio de la Patente Europea de 2000, y finalizando con la reciente ratificación por España del Tratado sobre el Derecho de Patentes en octubre de 2013, entre otras, imponen la necesidad de incorporar a nuestro sistema legal un buen número de nuevas disposiciones, en muchos casos orientadas a racionalizar el sistema, simplificar los requisitos, reducir las formalidades y evitar prácticas involuntarias de derechos. Las más importantes de estas nuevas disposiciones, son:

1. Se simplifican los requisitos para obtener una fecha de presentación, de modo que, por

Notariado y Registro han demostrado sobradamente su eficacia y solidez, en etapas de crecimiento como de crisis

No olvidemos los devastadores efectos de la crisis financiera, por una excesiva relajación en las instituciones de control

ejemplo, de entrada se podrá presentar el texto de la solicitud en cualquier idioma -si bien seguirá siendo obligatoria la subsiguiente presentación de su traducción al castellano-

2. La fase de búsqueda se adelanta a la presentación de la solicitud, por lo que será obligatorio abonar la tasa de petición del Informe sobre el Estado de la Técnica al presentarla.

3. Se incorpora explícitamente la posibilidad de patentar sustancias o composiciones ya conocidas para su uso como medicamento o en nuevas indicaciones terapéuticas.

4. El procedimiento de oposición pasa a ser post-concesión, modificándose en consecuencia el régimen de recursos administrativos contra la concesión de la patente.

5. Se introducen nuevos procedimientos administrativos de revocación y de limitación de la patente a petición de su titular, quien podrá limitar el alcance de las reivindicaciones en cualquier momento de la vida legal de la patente. El anteproyecto incluye además la posibilidad explícita de limitar las reivindicaciones en el marco de un procedimiento judicial.

Todo lo anterior supone una cierta revolución en materia de la protección de invenciones por patente. Pero no sólo las patentes son objeto de modificaciones sustanciales; también se ve modificado otro título muy utilizado en España, principalmente por el pequeño y mediano empresario: el modelo de utilidad. En el caso de los modelos de utilidad se elimina el anterior requisito de novedad relativa o local para el estado de la técnica, equiparándolo ahora al de novedad absoluta exigido para las patentes, lo que evita las incertidumbres a este respecto de la ley actual. El nivel de actividad inventiva, por el contrario, no se modifica y sigue siendo inferior al exigido para las patentes. Además, se amplía el abanico de invenciones que pueden ser protegidas por modelos de utilidad, de modo que ahora se podrán proteger también sustancias o composiciones químicas, si bien aún seguirán estando excluidas las invenciones biotecnológicas y las composiciones farmacéuticas. También, dada la rapidez con la que se prevé la concesión de este título, aquel titular que lo desee puede solicitar el aplazamiento de la publicación -y por tanto de la concesión- hasta doce meses desde la fecha de prioridad del modelo solicitado. Estas modificaciones pueden convertir este título en una opción interesante para, por ejemplo, obtener un título de protección rápido mientras se tramita más lentamente la concesión de una patente.

Finalmente, en lo que se refiere a tasas, se establece también una reducción de un 50 por ciento en las tasas de solicitud, búsqueda y examen para determinados emprendedores y pymes, lo que debería facilitar el acceso de estos colectivos a la protección de su innovación. En resumidas cuentas, la nueva Ley debe modernizar sensiblemente nuestro sistema de protección de la Propiedad Industrial, haciéndolo más flexible, con menos formalidades y buscando la creación de títulos de patente fuertes, por lo que no puede ser considerado más que un paso adelante a favor de la protección de la innovación española.

Finalmente, en lo que se refiere a tasas, se establece también una reducción de un 50 por ciento en las tasas de solicitud, búsqueda y examen para determinados emprendedores y pymes, lo que debería facilitar el acceso de estos colectivos a la protección de su innovación. En resumidas cuentas, la nueva Ley debe modernizar sensiblemente nuestro sistema de protección de la Propiedad Industrial, haciéndolo más flexible, con menos formalidades y buscando la creación de títulos de patente fuertes, por lo que no puede ser considerado más que un paso adelante a favor de la protección de la innovación española.

La Unión Europea da nuevos pasos en la armonización del canon digital

LUCÍA SICRE

M

ientras España avanza en el diseño de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), los planes de la Unión Europea en materia de armonización de canon digital siguen avanzando y, a pesar de que la UE aspira a crear un marco único -que contenga, por ejemplo, una definición común sobre qué se entiende por copia privada-, en principio el sistema de canon que ha creado el legislador nacional parece que será compatible con el marco comunitario.

El debate sobre el sistema de compensación por copia privada se reabrió en Europa en 2011, con el fin de armonizar los criterios con que éste se aplica en los distintos Estados miembros. El último fruto de ese esfuerzo negociador es un informe que acaba de publicar la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, sobre los cánones por copia privada.

El objetivo es armonizar determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines, incluyendo todas las excepciones y limitaciones vinculadas a las copias privadas. Precisamente uno de los tres pilares de la futura reforma de la Ley de Propiedad Intelectual se encuentra en la modificación de ciertos aspectos relacionados con esas excepciones y con el derecho al cobro de una compensación, limitando la aplicación del canon. Por ejemplo, se elimina el pago del canon en el caso de empresas y profesionales, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (caso Padawan/Sgae), cumpliendo así con una de las peticiones que marca el informe de la Eurocámara. En este sentido, la propuesta que recoge el informe fija que debe estar claramente definido el concepto de copia privada para todo material, y que el usuario debe tener acceso a contenidos protegidos por derechos de autor en todos los soportes tras un único pago. Sin embargo, pide que se “respeten los sistemas ya vigentes en los Estados miembros, como las excepciones o las exenciones en la aplicación del canon, y que resulte posible su funcionamiento en paralelo”.

Comercio transfronterizo y problemas de competencia

El informe asegura que los cánones por copia privada representan una fuente de ingresos de importancia variable en función de la categoría de titular de derechos, y apunta que su trascendencia varía significativamente entre los Estados miembros. Por ello, subraya que las grandes disparidades entre los sistemas nacionales de percepción de cánones, en particular en lo que respecta a los tipos de productos sujetos y su cuantía, “pueden dar lugar a distorsiones de competencia y a una posible búsqueda del fuero más favorable dentro del mercado interior”.



El informe apunta que las diferencias en tipos y cuantías pueden provocar distorsiones en materia de competencia

Sin embargo, se pide respetar los sistemas ya vigentes, como las excepciones o exenciones en la aplicación de la tasa

Además, la Eurocámara entra en materia de relaciones transfronterizas y lo hace considerando que el canon por copia privada deben pagarlo los fabricantes o los importadores, ya que, si esta recaudación se trasladara a los minoristas, “la carga administrativa que soportarían las pequeñas y medianas empresas de distribución y las entidades de gestión colectiva sería excesiva”. Además, recomienda que, en el caso de las transacciones transfronterizas, los cánones se perciban en el Estado miembro de residencia del usuario final.

Por otro lado, y “para descartar cualquier posibilidad de doble pago en el caso de las transacciones fronterizas”, se recomienda que los cánones por copia privada para un mismo producto solo los perciba una entidad de gestión colectiva de un Estado miembro una única vez, y que se reembolse todo canon abonado de forma indebida en un Estado miembro distinto del correspondiente al usuario final. Además, los Estados miembros en los que se perciben o aplican los cánones actuales deben simplificar y armonizar sus tarifas.

Canon en la red y en la ‘nube’

El informe también recuerda que la exención relativa a la copia privada otorga a los ciudadanos el derecho a copiar con total libertad sus documentos musicales y audiovisuales de un soporte o material multimedia a otro sin pedir autorización a los titulares de derechos, siempre y cuando lo hagan para uso privado. En este sentido, “particularmente en la era digital, se debe permitir la aplicación de medidas técnicas de protección que restablezcan el equilibrio entre la libertad de hacer copias para uso privado y el derecho de copia exclusivo”.

Además, el informe subraya que las medidas técnicas de protección no deben impedir la realización de copias por parte de los consumidores ni la remuneración equitativa de los titulares de derechos por la copia privada; y asegura que, a pesar de existir ciertas posibilidades de acceso en tiempo real a las obras, lo cierto es que aún se mantienen las prácticas de la descarga de contenidos, del almacenamiento y de la copia privada. Por todo ello, se apuesta por mantener el sistema de canon por copia privada en la red. Eso sí, “siempre debe darse preferencia a los modelos de concesión de licencias que beneficien a todos los titulares de derechos si no se permite ninguna copia de las obras protegidas por derechos de autor en ningún soporte ni dispositivo”.

Por otro lado, el Parlamento Europeo también subraya que la excepción relativa a la copia privada debe aplicarse a determinados servicios *online*, incluidos algunos servicios de computación en la *nube*.

Falsificaciones en la red

POR ISABEL PASCUAL DE QUINTO SANTOS-SUÁREZ Dpto. de Propiedad Industrial e Intelectual de Garrigues

En la era 2.0 en la que prácticamente todo es accesible a través de la red, se ha desarrollado un nuevo fenómeno: la venta de falsificaciones por Internet. Son innumerables las webs que se han creado a través de las cuales, desde el más absoluto anonimato, se puede adquirir desde un bolso, un móvil de última generación o, incluso, un medicamento. Las consecuencias de la compra de artículos de consumo falsificados implican una falta de concienciación social, la pérdida de puestos de trabajo y la financiación de auténticas bandas de crimen organizado. Pero estas consecuencias se agravan cuando lo que se adquiere es un repuesto de un vehículo o un medicamento.

es un repuesto de un vehículo o un medicamento.

Así, aunque la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos limitó la venta por procedimientos telemáticos a los medicamentos no sujetos a prescripción, lo cierto es que las falsificaciones no entienden de normas. Por tanto, se falsifican todo tipo de medicamentos; la mayoría, careciendo de principio activo o con formulaciones que no han pasado el más mínimo control sanitario y que, por tanto, no ofrecen ningún resultado terapéutico, sino que pueden causar graves lesiones e incluso la muerte.

El pasado 9 de noviembre se publicó en el BOE el Real Decreto 870/2013, por el que se regulan los requisitos que deberán cumplir las páginas web que vendan legalmente medicamentos no sujetos a prescripción en España para asegurar que la venta se realiza con las debidas garantías. De la referida norma destacamos el hecho de que detrás de cada web deberá haber una oficina de farmacia, legalmente autorizada y abierta al público. De esta manera se controla que la venta se realice por un farmacéutico.

A la vista de lo anterior, el consumidor que quiera asegurarse que el medicamento a adquirir se encuentra dentro de los canales legales debe aumentar sus cautelas y revisar que los requisitos de control se cumplen ya que, en caso contrario, se podría encontrar que lo que está adquiriendo no es un medicamento, sino una falsificación o un medicamento en mal estado.

¿Y cómo detenemos el avance imparable de este tipo de prácticas? Denunciando los hechos. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado están especializados en este tipo de delitos tecnológicos y muy familiarizados con las medidas que hay que adoptar para conseguir la suspensión de una web o la entrada y registro en un domicilio o en un laboratorio clandestino.

En muchas ocasiones el vendedor ni siquiera ofrece sus productos bajo nombres falsos, sino que no duda en facilitar sus datos de contacto e incluso su número de cuenta, con tal de que el artículo o el medicamento en cuestión sea adquirido.

Desde nuestras Aduanas también se trabaja para conseguir detectar toda aquella paquetería que, con visos de ilegalidad, entra en nuestro país. De esta manera, se informa a los ti-

En la era 2.0 en la que prácticamente todo es accesible a través de la red, se ha desarrollado un nuevo fenómeno: la venta de falsificaciones por Internet. Son innumerables las webs que se han creado a través de las cuales, desde el más absoluto anonimato, se puede adquirir desde un bolso, un móvil de última generación o, incluso, un medicamento.

Las consecuencias de la compra de artículos de consumo, en su mayoría de lujo, falsificados, implican una falta de concienciación social, la pérdida de puestos de trabajo y la financiación de auténticas bandas de crimen organizado. Pero estas consecuencias se agravan, más si cabe, desde el momento en el que lo que se adquiere

Se falsifican todo tipo de medicamentos; la mayoría, sin principio activo, o con formulaciones sin control sanitario

El consumidor que quiera asegurarse que el medicamento se encuentra en los canales legales debe aumentar sus cautelas

tulares marcarios de la mercancía presuntamente falsificada que está entrando en el territorio y se le ofrece la posibilidad de paralizarla y actuar contra el destinatario. Éste, en la mayoría de las ocasiones, aun cuando ha pagado por su producto, se encuentra que con que, no sólo no lo recibe, sino que le llega un burofax por el que se le requiere el abandono de la mercancía o, incluso, en algunas ocasiones con la iniciación de un procedimiento penal.

El 1 de enero entró en vigor el Reglamento (UE) 608/2013, de 12 de junio, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual, así como su Reglamento de ejecución (UE) 1352/2013 (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 18 de diciembre). La norma, al igual que preveía el Reglamento anterior, establece que cuando las autoridades aduaneras sospechen que las mercancías bajo vigilancia vulneran derechos de propiedad industrial y/o intelectual, puedan suspender el levante de dichas mercancías o retenerlas, por iniciativa propia o previa solicitud.

Del mismo modo, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal prevé una graduación de las penas. De tal manera que no tendrá las mismas consecuencias penales la persona que importa un paquete de manera ocasional que el que se dedica a la venta al por mayor de falsificaciones. En ambos casos existe el ilícito pero, sin duda, la responsabilidad penal no debe ser coincidente.

Así, la modificación prevista del artículo 274 del Código Penal dispone que será castigado con penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines comerciales, por ejemplo, ofrezca, distribuya o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo o los almacene con esa finalidad.

En resumen, tenemos la esperanza que estas reformas legislativas, con la imprescindible colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Administraciones de Aduanas, de los órganos judiciales y, sobre todo, de una sociedad que apueste por políticas de tolerancia cero, pongan freno a una práctica que, sin duda, lesiona nuestro Estado de Derecho.



REUTERS

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal prevé una graduación de las penas. No tendrá las mismas consecuencias penales la persona que importa un paquete de manera ocasional que el que se dedica a la venta al por mayor de falsificaciones. En ambos casos existe el ilícito pero, sin duda, la responsabilidad penal no debe ser coincidente. Así, la modificación prevista del artículo 274 del CP dispone que será castigado con penas de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines comerciales, por ejemplo, ofrezca, distribuya o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo o los almacene con ese fin.

DISFRUTE DE LAS REVISTAS DIGITALES de elEconomista.es



Disponibles en todos los dispositivos electrónicos

SÁBADO

Último de cada mes

Inversión
a fondo
elEconomista

eE eleconomista.es/inversion @Eco_bolsa1

VIERNES

Quincenal

Iuris&lex
elEconomista

eE eleconomista.es/ecoey www.ecoley.es @Ecoley_iuris

MIÉRCOLES

2º de cada mes

Transporte
elEconomista

eE eleconomista.es/transporte @ETransporte

LUNES

Todos

EconomíaReal
elEconomista

eE eleconomista.es/economiareal

JUEVES

Último de cada mes

Energía
elEconomista

eE eleconomista.es/energia @EEnergia

MARTES

1º de cada mes

Agua
y medio ambiente
elEconomista

eE eleconomista.es/agua @eMedioambiente

MIÉRCOLES

3º de cada mes

Tecnología
elEconomista

eE eleconomista.es/tecnologia @eETecnologia

JUEVES

1º y 3º de cada mes

Sanidad
elEconomista

eE eleconomista.es/sanidad www.ecosanidad.es @ESanidad

JUEVES

2º de cada mes

Seguros
MAGAZINE
elEconomista

eE eleconomista.es/seguros @SegurosMagazine

MARTES

3º de cada mes

Alimentación
y gran consumo
elEconomista

eE eleconomista.es/alimentacion @EAlimentacion

MIÉRCOLES

Último de cada mes

Consumo
elEconomista

eE eleconomista.es/consumo @EConsumo

SÁBADO

3º de cada mes

Golf
MAGAZINE
elEconomista.es

eE eleconomista.es/golf @GolfMagazineEco

Acceso libre descargándolas en:



- Descárguela desde su ordenador en www.eleconomista.es/kiosco

- También puede acceder desde su dispositivo **Android** en **Play Store**  o **Apple** en **App Store**  escribiendo **elEconomista** en el **buscador** 

15 de marzo: Día Mundial de los Derechos del Consumidor

Cláusula suelo: ¿es imposible recuperar el dinero?

El fallo del Supremo que declaró su nulidad pero negó devolver lo pagado ha dividido a los tribunales entre quienes siguen y se oponen a su criterio

TERESA BLANCO / LUCÍA SICRE

Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, especialmente las ya tan famosas cláusulas suelo de las hipotecas; comisiones o intereses de demora excesivos o las cláusulas de vencimiento anticipado; el *sangrante* caso de las participaciones preferentes y otros productos complejos como las permutas o los *swaps*; son sólo algunos de los ejemplos de los abusos o malas prácticas bancarias que han sido uno de los principales detonantes de la crisis financiera. Al otro lado de la balanza, cientos de familias desahuciadas y miles de ciudadanos que han visto como, de la noche a la mañana, han perdido los ahorros de toda una vida.

Con el fin de arrojar luz sobre las prácticas bancarias abusivas más habituales desde la perspectiva de cuál es y debe ser el papel de los tribunales, y coincidiendo con la celebración, este 15 de marzo, del Día Mundial de los Derechos del Consumidor, Ausbanc ha organizado un Foro Jurídico bajo el título *Visión judicial de la defensa del consumidor*.

En el centro de la polémica, los efectos de la 'perniciosa' sentencia que el Tribunal Supremo dictó el pasado 9 de mayo de 2013, en la que se introdujo un criterio poco alentador para los consumidores: el fallo sólo concedió la eliminación de la cláusula suelo desde que tenga lugar la sentencia que declara nula la cláusula en adelante, sin reconocer, por tanto, a los afectados la devolución de las cantidades ya pagadas. En definitiva, aquel fallo sentó la no retroactividad de los efectos de la nulidad, negando así la devolución del dinero cobrado indebidamente al cliente durante años.

Sin embargo, y a pesar de que el Pleno negó la retroactividad que reclamaban los clientes, ya son varias las sentencias posteriores de Juzgados y Audiencias Provinciales que han sorteado el criterio sentado por el Alto Tribunal. Y es que, ¿cuál es el verdadero alcance de la sentencia del Supremo? ¿Impide siempre la devolución del dinero o deja margen de actuación a los tribunales para el caso concreto?

La polémica "está servida"

Nuria Orellana Cano, magistrada de la Audiencia Provincial de Málaga, no dudó en asegurar que "la polémica está servida". Explicó que, para empezar, el Alto Tribunal asegura en su fallo que las cláusulas suelo afectan a un elemento esencial del contrato, el precio, y, por tanto, en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales quedan fuera del control de su posible carácter abusivo por parte de los jueces. De ahí que el Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo, partiera del concepto de *control de transparencia* entendido como aquel en el que "el consumidor tenga un conocimiento real de cuál es el sacrificio económico y de la carga jurídica que se deriva del contrato". Como consecuencia, en el caso concreto, declaró la nulidad de las



cláusulas por *falta de transparencia* y condenó a eliminarlas y a abstenerse de ponerlas en el futuro. Ahora bien, se decantó por la no irretroactividad basándose, entre otras cosas, en "el posible riesgo de trastornos graves con transcendencia en el orden público" por las ingentes cantidades que la banca se vería obligada a devolver.

De ahí que, en opinión de la magistrada, las Audiencias Provinciales se están preguntando hasta qué punto pueden o no declarar la retroactividad de una cláusula suelo, en el caso concreto que enjuicien y, por tanto, la posibilidad de devolver el dinero cobrado indebidamente por la entidad financiera. Y en este punto, entiende la magistrada que "el Supremo no ha querido decir que en todo caso el *control de transparencia* prohíba la retroactividad, sino que habrá que estar al caso concreto".

Más teniendo en cuenta que la Ley de Condiciones Generales de Contratación hace una remisión expresa a las normas del Código Civil sobre la ineficacia contractual. A este respecto, el artículo 1.303 del Código Civil define la nulidad y establece sus consecuencias, obligando a la restitución de prestaciones entre las partes en caso de nulidad. Un precepto que, precisamente, ya ha servido a algunas Audiencias como *pretexto* para devolver el dinero.

Sin efectos para las acciones individuales

Efectivamente, poco después de la sentencia del Supremo, varios Juzgados comenzaron a pronunciarse basando sus fallos en la aplicación del citado artículo 1.303 del Código Civil negando, además, la existencia de riesgo para el orden económico: el auto, dictado

el 31 de mayo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense de 13 de mayo de 2013; o la sentencia de 23 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga. Además, algunos jueces, como el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, con fecha de 19 de junio, recordaron que, en el caso de la sentencia del Supremo, se estudiaba un caso de demanda colectiva, por lo que sus efectos no se extenderían a las demandas individuales.

Precisamente, esta fue la línea defendida por Antonio Fuentes Bujalance, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, que, durante el Foro Jurídico celebrado por Ausbanc, ase-

Muchos jueces defienden que el fallo del Supremo sólo debe aplicarse al caso concreto y le niegan efectos de cosa juzgada

Sus defensores apuntan, como el Alto Tribunal, al “grave riesgo para el orden económico” que supondría restituir las cantidades

guró que la sentencia de mayo del Supremo “no dice que sus efectos deban extenderse a las acciones individuales”. De ahí que, al tratarse de un fallo que trajo como causa una acción colectiva interpuesta por Ausbanc, no cabe el “principio de cosa juzgada -extendiendo sus efectos hasta el punto de impedir juicios posteriores- para la acción individual”. Es decir, “no existe una vinculación de la decisión de la demanda colectiva para la que el juez pueda tomar en una acción individual”. Es más, asegura, que la sentencia del Supremo reitera en varias ocasiones la necesidad de “estar al caso concreto”.

La polémica llega a las Audiencias Provinciales

En este punto, las Audiencias Provinciales no tardaron en recibir casos de cláusulas suelo, pronunciándose en sentido dispar en función de la Sección de que se trate. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Álava se ha posicionado a favor del cliente bancario en su sentencia de 9 de julio de 2013, defendiendo que el Supremo “deja bien claro” que la no retroactividad se refiere “a esa

sentencia, no a otros casos”. La más reciente que sigue esta línea, ha sido la Audiencia Provincial de Málaga que este mismo 12 de marzo, ha confirmado una sentencia del juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga en la que se declaraba nula una cláusula suelo y se ordenaba, además, la devolución de lo pagado con carácter retroactivo, sentando así un criterio que seguir para los juzgados de instancia de la provincia.

En sentido contrario se ha pronunciado la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, que ha dictado ya al menos seis sentencias en las que se niega a la devolución del dinero a los firmantes de cláusulas suelo, a pesar de su nulidad. Entiende que, “en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas”, entre otras cosas - según argumentos calcados de la sentencia del Supremo- por el “riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”.

También la Audiencia Provincial de Córdoba ha seguido a *pie juntillas* la sentencia del Supremo y, en su sentencia de 18 de junio, se negó a devolver el dinero. Este fallo aseguró que, “si bien es cierto que, como regla general, la declaración de nulidad debería conllevar la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de la estipulación nula, como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto, por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no pro-

Aparecen los primeros pronunciamientos judiciales a favor de conceder, como medida cautelar, la paralización de la cláusula

Los jueces se basan en la alta probabilidad de que, según el criterio del Supremo, el cliente no pueda recuperar el dinero

cede la restitución de las cantidades ya abonadas”. Recientemente, la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado, en su sentencia de 16 de diciembre de 2013, sobre la devolución de las sumas pagadas indebidamente por clientes hipotecarios en caso de que se declare la nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo. Lo hace posicionándose a favor del consumidor, basándose en el principio de restitución de las prestaciones del artículo 1.303 del Código Civil. No obstante, el fallo cuenta con un voto particular, formulado por el magistrado Ribelles Arellano.

Vía libre a frenar la aplicación de la cláusula hasta que haya sentencia

Precisamente, Bujalance acaba de dictar un auto en el que consolida una nueva salida para los afectados por cláusulas suelo que se enfrenten a un largo proceso judicial contra su entidad bancaria. A través de la resolución, con fecha de 28 de enero de este año, reconoce a un cliente bancario la posibilidad de paralizar la aplicación de la cláusula -como medida cautelar- durante un proceso que podría durar años. Y es que, como apuntó en el Foro, en el caso de Málaga, se están señalando fechas -sólo para la audiencia previa- en 2015.

Este criterio trata de evitar un efecto indeseado: seguir pagando la cláusula durante todo el proceso, a sabiendas de que existe una alta probabilidad de que, si el Juzgado correspondiente sigue el criterio del Tribunal Supremo, el cliente no recupere las sumas que ha pagado durante ese tiempo, a pesar de declararse la nulidad de la cláusula. La idea es, explicó Bujalance, que adoptando las medidas cautelares “se evita el peligro de que finalmente se determine que el dinero debe ser devuelto”. Se trata de una manera de “amortiguar” el daño al consumidor.

Según recuerda el auto, para conceder la medida cautelar es necesario que exista -entre otras cosas- apariencia de buen derecho, es decir, indicios suficientes para considerar que la sentencia que resuelva el caso lo hará a favor del demandante. Además, es preciso que exista peligro por la mora procesal, esto es, peligro de que el resultado de la sentencia no pueda cumplirse en el momento en que ésta se produzca.

El auto fija que se da con claridad esa apariencia de buen derecho, dada la “multitud de resoluciones que estiman la nulidad de este tipo de cláusulas si no cumplen los requisitos de incorporación que fija el Tribunal Supremo”. Asimismo, entiende el magistrado-juez que sí existe un “peligro de mora procesal impropio” dado que existe una alta probabilidad de que no se devuelvan las cantidades ya pagadas, ello supondría que durante todo el proceso y hasta el momento del fallo, el demandante pagara indebidamente.

El caso del juez malagueño no es el primero en responder en este sentido a un cliente bancario. Como mínimo, existe un segundo auto, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, en el que también se da un espaldarazo a los hipotecados que se encuentren en proceso judicial de solicitud de nulidad de su cláusula suelo. En este caso, el juez considera que no existe peligro por la mora procesal pero, a pesar de ello, asegura que “la apariencia de buen derecho de los solicitantes es tan intensa y los perjuicios económicos para la familia derivados del mantenimiento de la cláusula son tan elevados que debe acordarse la suspensión de la cláusula suelo solicitada, incluso aunque el requisito de la mora procesal, tal como viene regulado en la LEC, no concurre”.

El problema del ‘dolo’ o la mala fe de las entidades bancarias

Durante la celebración del Foro Jurídico organizado por Ausbanc, Ana Mercedes Merino Melara, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Móstoles (Madrid), trató otro de los capítulos más lamentables en materia de prácticas bancarias abusivas: las participaciones preferentes. Aseguró Merino que “las preferentes son un producto complejo de elevado riesgo” en el que “el adquirente se convierte en un accionista de segunda”. Y afirmó que el dolo y la falta de información son los argumentos que utilizan muchas sentencias que declaran la nulidad de estos contratos. Dicho esto, aseguró, además, que el perfil de los afectados es el de “una persona de avanzada edad, sin conocimientos financieros”. Por su parte, Alfredo Martínez Muriel, abogado y delegado de Ausbanc en Málaga, Granada y Jaén, señaló que en el año 2006 se produjo un cambio en el ciclo de los tipos de interés y “aún así a partir de 2007 se han firmado numerosas hipotecas con cláusula suelo y vinculadas a un swap”. Martínez afirmó que “las entidades financieras sabían que iba a bajar el Euribor”, por lo que a los clientes se les omitió una información fundamental. De ahí que, en su opinión, “el dolo es patente”.

15 de marzo: Día Mundial de los Derechos del Consumidor

Sistema hipotecario español: ¿es todavía ilegal?

Un año después de que el Tribunal Europeo censurara nuestro modelo, los jueces españoles se cuestionan las medidas adoptadas por el Gobierno

TERESA BLANCO

Hoy se cumple un año desde que la Justicia Europea, en pleno apogeo del drama de los desahucios, sacara los colores a nuestro sistema hipotecario a través de su sentencia de 14 de marzo de 2013. Entonces, el Alto Tribunal aseguró que el procedimiento de ejecución hipotecario español iba en contra de la normativa comunitaria, por no proteger suficientemente los derechos del consumidor. Pero, ¿qué remedio ha puesto durante este año el legislador español tras ese tirón de orejas? ¿Ha hecho el Gobierno los deberes?

Lo cierto es que, a pesar de los inmediatos esfuerzos que hicieron desde Moncloa de 'poner en orden' las cosas tras la sentencia europea, que se instrumentalizaron en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, más conocida como 'Ley Antidesahucios', que, precisamente, se aprobó con la intención de 'dar carpetazo' a la sentencia del TJUE, parece que las medidas han sido insuficientes y no han logrado disipar las dudas y problemas que plantea nuestro modelo hipotecario.

Como para muestra un botón, los últimos recelos llegaron hace apenas unos días desde Burgos, donde el juez del Juzgado de Primera Instancia de Miranda de Ebro ha planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una cuestión prejudicial acerca de la previsión en la nueva Ley Antidesahucios que permite al banco, en caso de impago de la cuota hipotecaria, reducir el importe de los intereses de demora en lo que excedan de tres veces el interés legal del dinero -fijado en 2013 y 2014 en el 4 por ciento-. Dicho de otro modo, permite al banco cobrar por intereses de demora, hasta ese límite, incluso cuando haya impuesto una cláusula que supere esta cifra que es la permitida por la Ley. Y es que, entonces tendrá que reducir el importe, pero no se verá sancionado con la inaplicación de la cláusula por ser abusiva.

Subasta de la casa y devolución de todo el préstamo por no pagar tres cuotas

De ahí que el juez Losada Durán -en su auto de 17 de febrero de 2014- solicite al TJUE que aclare si esta previsión legal es conforme al Derecho de la Unión. Para empezar, como se ha dicho, el Derecho de Consumo de la UE sanciona a las cláusulas abusivas con su inaplicación de modo que, ante una cláusula de intereses moratorios abusiva, en tanto que supera el límite de tres veces el interés legal del dinero: ¿debe el banco rebajarlos hasta dicho límite -como permite la norma española- o debe inaplicar la cláusula por abusiva?

Y es más, puede entenderse que impide al juez controlar, dentro del proceso, si tales intereses son abusivos en función de las circunstancias concretas del caso incluso cuando sean inferiores a ese límite. Un control de oficio ante indicios de que una cláusula es abusiva, que la jurisprudencia Europea ha atribuido a los jueces nacionales.

Pero además, al juez burgalés le asalta otra duda acerca de la Ley Antidesahucios: pregunta a la Justicia europea si es conforme al Derecho de la UE que la norma española permite en todo caso que el banco pueda reclamar todo el préstamo pendiente de pago -en virtud de la llamada cláusula de vencimiento anticipado- y sus intereses si el consumidor ha impagado tres meses. También aquí, la duda se plantea en tanto que nuestra ley podría limitar las facultades controla-



dores de los jueces y tribunales españoles. La cuestión se plantea a partir de un proceso en el que un banco reclamó a una mujer un importe de 78.025,21 euros por los tres meses de hipoteca que no pudo pagar -a pesar de haber abonado mensualmente 116 cuotas anteriores-, tras la muerte de su marido en el año 2013. El banco presentó una demanda de ejecución hipotecaria, solicitando la subasta de la vivienda además de pedir todo el dinero del préstamo pendiente de devolver, los intereses ordinarios, más los moratorios.

En la práctica, las previsiones de la Ley española, en caso de escapar al control judicial, ofrece una amplísima libertad a las entidades bancarias y financieras que podrían seguir adoptando las cláusulas que consideren oportunas, exigiendo los intereses de demora que quieran o estableciendo los plazos de impago para que se haga efectiva la cláusula de vencimiento anticipado que crean convenientes. Y es que, en caso de que el juez les pille, sólo tendrían que rebajar el importe de los intereses de demora o elevar el número de cuotas por impago hasta los límites que establece la Ley antidesahucios y no verse perjudicados por la sanción de inaplicación de las cláusulas. Unas prerrogativas para los bancos en detrimento de la protección de los consumidores, diametralmente opuestas al espíritu que, en principio, inspiró la Ley Antidesahucios.

La 'Ley Antidesahucios', ya cuestionada ante el TJUE

Esta disconformidad del juez castellanoleonés con la previsión que se introdujo con la Ley Antidesahucios, no es la primera que plantean nuestros tribunales. Ya en septiembre de 2013, tan sólo cuatro meses después de la entrada en vigor de la norma, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena (Sevilla) ya mostró sus dudas con la previsión de la Ley que limita los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero y acudió a la Justicia

Desde su aprobación en mayo de 2013, la 'Ley Antidesahucios' acumula ya un total de tres cuestiones prejudiciales a la UE

Se pone en duda la previsión que permite al banco reducir los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero

Denuncian una suerte de integración legal de aquellas "cláusulas de intereses moratorios abusivos"

Otras medidas como la moratoria de 2 años en los desahucios o el Código de Buenas Prácticas tampoco han funcionado

Europea para comprobar que la Ley no vulnera los derechos que el Derecho Comunitario ofrece al consumidor.

El juez Ruiz de Lara entendió que la *Ley Antidesahucios* no otorga la adecuada protección al consumidor e impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés demora cuando sea abusiva. En su auto, consideró que la norma "impone una moderación de cuantía en cláusulas abusivas de intereses moratorios, que no resulta conciliable con la obligación del juez nacional de declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger al consumidor".

De ahí, que, como ha ocurrido nuevamente con el juez de Miran-
da del Ebro, considerara que la Ley 1/2013 y, en particular, su Disposición Transitoria Segunda, que impone la aplicación de este límite a los intereses, "transgreden la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales y la jurisprudencia del TJUE".

También preguntó Ruiz si cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio debe proceder a declarar su nulidad y su carácter no vinculante o debe moderarla dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

Una medida que "trastoca" la doctrina europea

Poco después, el 19 de noviembre, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, del que es titular el juez Anta González, puso también en duda ante la Justicia Europea la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013. En su opinión, esta previsión "trastoca" la idea de que las cláusulas abusivas deben ser sancionadas con su inaplicación, tal y como sostiene el Derecho de la UE, dado que "no se limita a recoger un tope para el interés moratorio (tres veces el legal del dinero), sino un proceso de ajuste a dicho referente". Es decir, la Ley "implícitamente está imponiendo una moderación que el TJUE tiene prohibida" pues la ley de la UE exigiría su inaplicación. Por ello, pidió al TJUE que clarifique si "cabe que el interés moratorio sobreviva, merced a la aplicación supletoria de una norma nacional". Se preguntó, en concreto, si la Ley es conforme al Derecho Comunitario aunque imponga "un proceso de recálculo de un tipo de interés moratorio abusivo tomando como referencia el triple del interés legal".

El TJUE tendrá que aclarar, por tanto, todas estas cuestiones y si la *Ley Antidesahucios* supone una limitación de la tutela del consu-

Una sentencia europea aplaudida y una Ley española criticada

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció el 14 de marzo de 2013, acerca de la compatibilidad del sistema hipotecario español con los derechos de los consumidores que consagra la Directiva europea 93/13/EEC. El veredicto fue nefasto: la legislación española es contraria al marco legal europeo porque no respeta los derechos de los consumidores. El problema residía en que la normativa española enumera los motivos por los que el deudor no puede oponerse al procedimiento de ejecución de una hipoteca. Entre esos motivos, no figuraba la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario firmado con el banco, de modo que esta circunstancia tan sólo podía invocarse en un proceso declarativo separado, que no suspende el desahucio. Y es más, la adjudicación final de la vivienda a un tercero -como el banco- adquiriría carácter irreversible. Así, si la decisión del juez que conoce del proceso por la que se declare abusiva una cláusula de un contrato de préstamo y, por tanto, la nulidad del proceso de ejecución tenía lugar después de que se hubiera llevado a cabo la ejecución, lo máximo a lo que podía aspirar el consumidor era a una indemnización, pero nunca a recuperar la propiedad de su vivienda.

UNA NORMA QUE NO CONVENCE

Tras el fallo, el Gobierno español aprobó la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, o 'Ley antidesahucios', una de las normas más criticadas por ciudadanos, juristas y grupos políticos, especialmente por no incorporar la dación en pago o las medidas de segunda oportunidad que se recogían en la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) que inspiró la norma, y que contó con el apoyo de casi un millón y medio de firmas. El texto salió adelante con el único apoyo del PP: en total, 142 votos a favor, 94 en contra y dos abstenciones. Y ello, a pesar de que habían presentado nada menos que 275 enmiendas y 3 vetos a la Ley. Entre otras cuestiones, la norma contempla la renegociación de la hipoteca, la suspensión de los desalojos durante dos años y la posibilidad de la dación de la vivienda en pago de la deuda para aquellas familias que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad social. Un paraguas, sin embargo, que prevé unos estrictos requisitos que hacen que el colectivo que pueda beneficiarse de esta fórmula quede, en la práctica, reducido al mínimo.

midor al imponer "una suerte de integración legal de aquellas cláusulas de intereses moratorios abusivas" y dejar fuera del control de jueces y magistrados, de estos extremos contractuales en perjuicio de los consumidores.

Un amplio abanico de medidas "insuficientes"

Haciendo honor a la verdad, el Gobierno ha puesto en marcha un sinnúmero de medidas para paliar los efectos de un sistema hipotecario a todas luces injusto. Sin embargo, el balance tristemente obliga a una única conclusión: las medidas han sido insuficientes.

Y es que, desde que comenzara su legislatura, las tímidas medidas adoptadas por el Ejecutivo se *dieron de bruces* con la realidad, mostrando un escaso resultado práctico. El Código de Buenas Prácticas, que la banca suscribió casi en su totalidad en marzo de 2012, se perfiló ya como el prime gran fracaso del Gobierno, y la moratoria de los desahucios durante dos años, aprobada en noviembre de ese mismo año a través del Real Decreto-ley 27/2012, tiene, no obstante, unos efectos limitados a aquellas personas o colectivos "especialmente vulnerables".

Respecto del Código, sus escasos resultados se deben a que el umbral de admisión de familias que se libraban de quedarse sin hogar era muy bajo. Ocho meses después de su entrada en vigor, el resultado fue, según fuentes del sector, que sólo se habían beneficiado de él entre 120 y 130 familias en todo el país. Y es que el valor de la vivienda -que debía ser la primera y única- no podía exceder de 200.000 euros en las grandes ciudades -de entre 120.000 y 180.000 en localidades de menor tamaño-. Una cantidad que, en ningún caso, se corresponde con los costes de la etapa del *boom* inmobiliario. También el Código exigía que el endeudado no contara con avalistas solventes, y que el 60 por ciento de los ingresos totales de la renta familiar, incluidas las rentas por desempleo, se destinaran al pago de la hipoteca. Algo, que se podría denominar, la *trampa del aval*, dado que en los últimos años, alrededor del 95 por ciento de las hipotecas concedidas cuentan con el aval de una o incluso varias personas. Respecto a este asunto, ni una palabra. Por su parte, la moratoria de los desahucios durante dos años se dirigió a personas o colectivos *especialmente vulnerables*, como familias con hijos menores de tres años, o que tengan a su cargo personas discapacitadas, dependientes o enfermas; o en las que el deudor haya agotado las prestaciones por desempleo; y siempre que su renta anual no supere los 19.200 euros.

La primera Directiva europea para proteger al hipotecado es ya una realidad

TERESA BLANCO

El Diario Oficial de la Unión Europea (Doue) acaba de publicar la Directiva sobre hipotecas, nada menos, que la primera legislación europea en el ámbito hipotecario. La norma, que entrará en vigor este mismo mes de marzo, si bien los Estados tienen dos años para adaptarla a sus legislaciones nacionales, supondrá que los compradores de vivienda estarán mejor asesorados sobre los costes y las consecuencias de asumir una hipoteca y más protegidos en caso de impago para acabar con la concesión de *créditos descontrolados* y evitar situaciones como las vividas en España donde cientos de familias se han visto desahuciadas de sus casas.

Las medidas contempladas en la norma son de lo más ambiciosas. Y es que, entre otros extremos, la Ley exigirá una 'tolerancia razonable' antes de proceder a los desahucios, limitará los cargos por impago, impedirá a los Estados miembros oponerse a la dación en pago acordada entre las partes, impondrá el deber de buscar el mejor precio por la venta de la propiedad en las ejecuciones y exigirá a los países de la UE que faciliten el pago, protegiendo a los consumidores y evitando el sobreendeudamiento a largo plazo.

Siete días de reflexión y dación en pago

De acuerdo con la norma el consumidor dispondrá de un periodo obligatorio de reflexión de siete días antes de firmar un contrato hipotecario, o bien del mismo periodo para retractarse tras la firma. La decisión de optar por una u otra modalidad la tendrá cada país. Además, la Directiva contempla una batería de obligaciones para las entidades bancarias a la hora de informar, asesorar y vender productos hipotecarios antes de firmar cualquier contrato. De este modo, el consumidor tendrá que recibir, bien en papel, bien en formato electrónico, información general "clara y comprensible sobre los contratos" con el objetivo de que conozcan el coste total del crédito y las consecuencias financieras a largo plazo. A estas garantías se suman que los bancos o entidades financieras concedentes del crédito tendrán que ofrecer al consumidor información personalizada para comparar los créditos disponibles en el mercado y tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de suscribir la hipoteca.

Además, la normativa habla de que las entidades financieras deberán tener lo que denomina de una *tolerancia razonable* antes de proceder a las ejecuciones. A ello añade que en los casos en que la deuda no quede saldada con la ejecución, los Estados miembros "deberán garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando al mismo tiempo el endeudamiento a largo plazo".

Lograr el mejor precio de venta para evitar el sobreendeudamiento

Por otro lado, cuando un ciudadano deja de pagar la hipoteca, la norma europea exige que la propiedad se venda por el mejor precio posible y que el banco facilite el pago de la cantidad pendiente "con el fin de evitar que los consumidores estén sobreendeudados durante largos periodos". Para ello, se prevé en la normativa el establecimiento de cantidades mínimas que no puedan ser embargadas en salarios y pensiones.

Los Gobiernos no podrán oponerse a la dación en pago pactada y estarán obligados a limitar los cargos por impago

Los consumidores contarán con un periodo de reflexión de siete días antes de firmar el contrato hipotecario



REUTERS

En la línea, prevé que se garantice que la vivienda "sea objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de crédito y, en particular cuando la tasación afecte a la obligación residual del consumidor, en caso de impago". De ahí, que deba exigirse a los países que garantice el establecimiento de "normas fiables de tasación".

Además, la nueva legislación introducirá reglas de flexibilidad en el pago, como un derecho del consumidor a pagar el préstamo antes de tiempo, sin que ello le suponga ningún tipo de recargo adicional. La entidad bancaria tendrá, por su parte, derecho a recibir una compensación justa por los costes de ese reembolso anticipado, pero no podrá imponer multas adicionales.

Coto a los paquetes financieros y veto a los 'préstamos irresponsables'

Por su parte, con el objetivo de frenar los préstamos que la Directiva denomina *irresponsables*, las entidades vendedoras de hipotecas tendrán que ser autorizadas, registradas y supervisadas por las autoridades nacionales para asegurarse de que cumplen requisitos profesionales estrictos. Así, la Directiva prevé el refuerzo de los criterios de evaluación de la solvencia del comprador, con lo que se busca "frenar la concesión de hipotecas a personas que no puedan pagarlas".

Por último, en relación a los intereses de demora la Directiva limita los cargos por impago "protegiendo a los consumidores y evitando el sobreendeudamiento a largo plazo". El problema es que, en la actualidad, el impago de las mensualidades además de poder provocar el embargo y subasta del inmueble que sirve de garantía al préstamo, puede conllevar, en caso de que la cantidad obtenida por la subasta no sea suficiente para pagar la deuda, embargos de parte de la nómina y otros bienes del consumidor.

De ahí que la Directiva imponga a los Estados miembros que, en caso de que permitan al prestamista imponer recargos al consumidor en caso de un impago, "esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago".

¿Y ahora qué? Vías para recuperar el céntimo sanitario

POR BELÉN PALAO Y MARTA NÚÑEZ Asociadas senior del equipo 'IVA, Aduanas e Impuestos Especiales'. Deloitte Abogados

Desde finales de febrero, en los foros fiscales no se habla de otra cosa que no sea la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el asunto C-82/12, Transportes Jordi Besora contra el Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (Tearc). Las conclusiones del TJUE son contundentes: en primer lugar, declara la incompatibilidad del impuesto sobre ventas minoristas de hidrocarburos (IVMDH) con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva 92/12, por la que se regulan el régimen general aplicable a los Impuestos Especiales, al no perseguir una finalidad específica sino meramente recaudatoria.

Desde finales de febrero, en los foros fiscales no se habla de otra cosa que no sea la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el asunto C-82/12, Transportes Jordi Besora contra el Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (Tearc).

Las conclusiones del TJUE son contundentes: en primer lugar, declara la incompatibilidad del impuesto sobre ventas minoristas de hidrocarburos (IVMDH) con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva 92/12, por la que se regulan el régimen general aplicable a los Impuestos Especiales, al no perseguir una finalidad específica sino meramente recaudatoria. En segundo lugar, el TJUE descarta la posibilidad de limitar los efectos temporales de la sentencia, en contra de lo

solicitado por la Generalitat Catalana y el Reino de España, al considerar que éstos no han actuado de buena fe en la recaudación, pues considera que eran conocedores de que el impuesto no se adecuaba a la normativa comunitaria y a pesar de ello siguieron recaudándolo.

¿Pero, cuáles son las vías a las que pueden acudir aquellos que soportaron el impuesto? Para los que no presentaron en su momento las solicitudes de devolución de ingresos indebidos (interrumpiendo así la prescripción del impuesto), sólo se podrá solicitar la devolución a través de dicho procedimiento de cuotas soportadas desde marzo de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012.

En cuanto a las cuotas soportadas en ejercicios prescritos, será posible acudir al procedimiento de responsabilidad patrimonial de Estado, procedimiento ajeno a la normativa tributaria y que tiene una regulación propia y diferente del procedimiento de solicitud de devolución de ingresos indebidos.

En ambos casos, la clave será probar que el interesado soportó el impuesto. A priori, la única prueba válida es la factura completa, detallando la cuota del impuesto repercutido. Sin embargo, se discute si el tique, el justificante bancario o el certificado emitido por determinadas entidades son documentos suficientes para justificar el derecho a la devolución y, en su caso, el daño producido por el Estado.

Hasta el momento, tanto la Administración Tributaria como los Tribunales Económico-administrativos no han manifestado objeción ante las solicitudes de devolución presentadas en las que se aportaban como prueba los certificados emitidos por compañías emisoras de tarjetas de repostaje. Si bien dicha aceptación de los certificados como prueba podría deberse a que, hasta la sentencia, todas las solicitudes eran desestimadas por un tema de fondo, sin analizar la documentación.

Por ello, es probable que uno de los motivos por los que se desestimen las solicitudes de devolución o, en su caso, de responsabilidad patrimonial del Estado, sea la falta de justificación de la repercusión del impuesto, debido a la dificultad de aportar facturas completas.

Ahora bien, ¿hasta qué punto están obligadas las compañías que repercutieron el Impuesto a

Un motivo para desestimar las solicitudes de devolución puede ser la falta de justificación de la repercusión del impuesto

Tributariamente, la obligación de las empresas de emitir duplicados de facturas se limita a los últimos cuatro años

emitir duplicados de facturas, facturas rectificativas o facturas sustitutivas de tiques? Tributariamente, su obligación se limita a los últimos cuatro años. Sin embargo, en la medida en que mercantilmente están obligadas a conservar su documentación contable durante un mínimo de seis años, es probable que estas compañías admitan emitir facturas o duplicados en relación con los últimos seis años.

A efectos prácticos, esto supondría que los interesados en solicitar la devolución, siempre y cuando no lo hubiesen hecho previamente, sólo podrán recuperar el importe del IVDMH pagado desde 2008, tanto por la vía del procedimiento de ingresos indebidos como por la de responsabilidad patrimonial del estado.

En consecuencia, el impuesto recaudado desde 2001 hasta 2008 no podría ser recuperado, salvo en casos en los que los interesados hayan roto previamente la prescripción. Ello supone que, frente a previsiones iniciales de 13.000 millones de euros ofrecidas por el Abogado del Estado ante el TJUE, los importes a devolver serán sustancialmente inferiores. Es por tanto evidente que las dificultades probatorias van a reportar enormes beneficios tanto al Estado como a las comunidades autónomas que no estarán obligados a la devolución de un impuesto ilegalmente recaudado.

Esto nos hace pensar en situaciones actuales similares donde impuestos presuntamente verdes se aprueban indiscriminadamente basándose más en motivos recaudatorios que medioambientales. Los sujetos pasivos, en base a la experiencia del *céntimo sanitario*, no deberían dudar en impugnar sus autoliquidaciones para evitar que el Estado o las comunidades autónomas puedan quedarse con la recaudación.

Por otro lado, es evidente que esta sentencia ha reabierto heridas en lo que respecta a la política tributaria del país. En primer lugar se plantea quién debe hacerse cargo de la devolución, ¿el Estado o las comunidades autónomas que incrementaron los tipos? Como se ha puesto de manifiesto, esta es una guerra abierta que va a dar lugar a conflictos entre Administraciones, pues es evidente que determinadas comunidades carecen de liquidez para afrontar a las reclamaciones.

En segundo lugar, con la nueva reforma fiscal en ciernes, a nuestro juicio resulta imprescindible establecer nuevas reglas de juego con el fin de evitar situaciones similares que crean indefensión al contribuyente, que ve cómo se incrementa de forma indiscriminada y descoordinada la carga impositiva, bajo un manto de finalidad medioambiental que esconde otros intereses más espurios.

Las Administraciones deberían evitar impuestos que a todas luces tienen visos de ser declarados ilegales, debiendo primar la técnica legislativa frente a la finalidad recaudatoria, ya que de lo contrario es probable que esta situación se vuelva a repetir, con las consecuencias que ello conlleva para el contribuyente.

El impuesto recaudado desde 2001 hasta 2008 no podría ser recuperado, salvo en casos en los que los interesados hayan roto previamente la prescripción. Ello supone que, frente a previsiones iniciales de 13.000 millones de euros, los importes a devolver serán sustancialmente inferiores. Es por tanto evidente que las dificultades probatorias van a reportar enormes beneficios tanto al Estado como a las comunidades autónomas que no estarán obligados a la devolución de un impuesto ilegalmente recaudado. Esto nos hace pensar en situaciones actuales similares donde impuestos presuntamente "verdes" se aprueban basándose más en motivos recaudatorios que medioambientales.

La Procura analiza la Ley de Servicios Profesionales

El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales pone en situación de inminente peligro la eficacia de la profesión de procurador de los Tribunales y, por ende, el ya de por sí lento y deficiente funcionamiento de la Justicia española, según se afirma en el informe elaborado por la consultora Price Waterhouse Coopers (PwC) para el Consejo General de Procuradores de España (CGPE), bajo el título un *Análisis del impacto económico de la Procura y los costes de supresión de la incompatibilidad con la abogacía*. De acuerdo con su valoración, PwC asegura que actualmente existe una comprensible preocupación y gran inquietud entre los procuradores porque el anteproyecto del Gobierno trae como consecuencia la desaparición de su reserva de actividad en la representación procesal, lo que significa que desaparece también la incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía. La consecuencia inmediata es que ya no serán los procuradores quienes exclusivamente, como recoge la Ley Orgánica del Poder Judicial, tramiten 80 millones de notificaciones al año. "La actividad de la Procura en España -asegura- suponen una contribución al PIB total de 800 millones de euros, lo cual representa un 0,77 por ciento del PIB de España en 2012". Además, puntualiza el Análisis, "la supresión de la incompatibilidad entre procuradores y abogados que establece el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales determinarán una serie de efectos negativos para la ciudadanía en general, que incluirán tanto costes económicos directos como la posibilidad de que se produjesen problemas de funcionamiento en la Administración de la Justicia lo que se traduce en un deterioro en la calidad del servicio, un mayor coste para el contribuyente en el acondicionamiento de la infraestructura y en la adaptación de sistemas telemáticos".



Consejo General del Notariado. NACHO MARTÍN

Los notarios deberán 'controlar más' a quienes concedan préstamos particulares

El Consejo General del Notariado ha enviado a los notarios una nota pidiéndoles que extremen su celo profesional y sus funciones de información y asesoramiento a los ciudadanos que contraten préstamos concedidos por prestamistas particulares. Este tipo de préstamos suele llevar aparejado, como requisito para su concesión, una hipoteca inmobiliaria, que acostumbra a ser sobre la vivienda habitual. En otras ocasiones estos préstamos se instrumentan en letras de cambio, cuyo pago se garantiza también con una hipoteca. El Consejo ha tomado la decisión de alertar al colectivo notarial al haber tenido conocimiento por los medios de comunicación de diversas actuaciones penales iniciadas a instancia de varios ciudadanos contra prestamistas particulares por posibles prácticas engañosas. Estos préstamos suelen ser contratados por personas en difíciles situaciones económicas y máxima vulnerabilidad, que recurren a ellos como única vía para obtener crédito. Además, se conceden con intereses inusuales, con plazos de devolución más cortos y bajo condiciones muy exigentes para el deudor. Por todo ello, el Consejo recomienda a los ciudadanos que consulten sus dudas a los notarios ante de contratar este tipo de préstamos, que confíen en ellos y que les informen de todas las condiciones pactadas con el prestamista. Es muy importante que el notario disponga de toda la información para poder estar seguro de que el prestatario comprende las obligaciones que asume. El notario también comprueba que el préstamo cumple escrupulosamente con la legalidad vigente.

El Colegio de Registradores pone en funcionamiento el Registro Concursal

El Colegio de Registradores ha puesto a disposición pública el portal Web del Registro Público Concursal (www.publicidadconcursal.es) regulado para mejorar la publicidad de los concursos de acreedores y garantizar que la información, coordinada y completa, referida a estos procedimientos sea accesible a todos los posibles interesados. Como establece el Real Decreto que lo regula, aprobado el 15 de noviembre, el Registro Público Concursal (RPC) se configura como una herramienta a disposición de los diversos acreedores del



EE

concurado y también de la Administración de Justicia, que facilita la comunicación de las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y el conocimiento de otras situaciones concursales así como de los expedientes de negociación de los acuerdos extrajudiciales de pago. Asimismo, asegura la coordinación entre los diversos registros públicos en los que debe constar la declaración del concurso. Todo ello "contribuye a la mejora de la seguridad jurídica en torno a los concursos de acreedores o sus procedimientos preventivos, a una mayor agilidad procesal y la máxima accesibilidad a la información concursal al poder llegar a ella a través de Internet", asegura el Colegio en una nota. Los encargados de remitir esa información serán los secretarios judiciales, procuradores, registros mercantiles, notarios y otros registros públicos.

Responsabilidad del juez por actos de la administración concursal

POR JAVIER MATA Socio director de Olleros Abogados Madrid

Tuvimos hace algunas semanas la oportunidad de intervenir, defendiendo los intereses del demandante en el marco de un concurso de acreedores reclamando la responsabilidad de los tres administradores concursales por haber incurrido éstos en una conducta gravemente negligente -por omisión- en el ejercicio de su cargo. En el proceso se planteó una interesante discusión técnico-jurídica acerca de la responsabilidad civil de la administración concursal. En el proceso del que parte la idea de escribir esta breve reflexión tuvimos una extraña sensación: el juez mantenía una relación de jovial camaradería con los administradores concursales.

Tuvimos hace algunas semanas la oportunidad de intervenir, defendiendo los intereses del demandante en el marco de un concurso de acreedores reclamando la responsabilidad de los tres administradores concursales por haber incurrido éstos en una conducta gravemente negligente -por omisión- en el ejercicio de su cargo. En el proceso se planteó una interesante discusión técnico-jurídica acerca de la responsabilidad civil de la administración concursal.

Una dificultad añadida de este tipo de procesos es que, en principio, han de sustanciarse “ante el juez que conoce o haya conocido del concurso”. La administración concursal es designada por el juez mercantil. La administración concursal debe ejercer “su cargo” con la diligencia de “un ordenado administrador y de un representante leal” y el

juez del concurso tiene la obligación de supervisar la actuación de la administración concursal.

En el proceso del que parte la idea de escribir esta breve reflexión tuvimos una extraña sensación: el juez mantenía una relación de jovial camaradería con los administradores concursales y -si bien con formas muy correctas- fue especialmente estricto con el abogado del actor a la hora de dirigir los debates, interrogatorios y conclusiones y, por el contrario, más flexible y “permisivo” con los letrados de los profesionales demandados. Esa incómoda impresión motiva este artículo.

Ya antes de interponer la demanda éramos conscientes de que, cuando menos, no le iba a ser cómodo al juez decretar la condena de unos administradores concursales por él designados en varios expedientes. Además, se trata de una capital pequeña y con un muy limitado número de candidatos inscritos en las obligadas listas. Estudiamos la posibilidad de escapar de la competencia del juez del mismo concurso del cual dimana la acción de responsabilidad.

Sin embargo, estábamos atrapados, pues el domicilio de los tres integrantes de esa administración concursal era la misma capital en que su único juzgado mercantil tramita el concurso y la aplicación de distintas leyes competenciales nos encaminó inexorablemente al juez mercantil en cuestión.

El titular del Juzgado Mercantil tiene una gran libertad para designar a quien haya de ejercer la administración concursal; con las solas limitaciones de la cualificación y experiencia de un administrador concursal y las temporales sobre acumulación de nombramientos que, además, no suelen ser aplicables en pequeñas ciudades.

Esa libertad judicial, por otra parte lógica, pues una eficiente administración concursal descarga al Juzgado de incidencias, tiene -entendemos- una contrapartida: la posibilidad de que quien se considere dañado por actos negligentes de una administración concursal pueda intentar extender esa responsabilidad hacia el juez mercantil al entender que concurre en él *culpa in eligendo*, esto es, negligencia o ligereza en la elección de un profesional que, aun revestido de las condiciones de formación y experiencia legalmente exigidas pudiera -por circunstancias subjetivas- no ser en determinado momento apto para desarrollar su función con las debidas lealtad y diligencia.

El titular del Juzgado Mercantil tiene una gran libertad para designar a quien haya de ejercer la administración concursal

Como contrapartida, el dañado por actos de ésta puede extender esa responsabilidad hacia el juez



Al estar muy objetivadas en la Ley las condiciones para el acceso a la función de administración concursal, será muy difícil que pudiera prosperar una reclamación contra el juez amparada en su equivocación al elegir a un administrador concursal que incurrió en falta de lealtad o diligencia en el ejercicio de su función, pero además de comprobar el Tribunal que un candidato a administrador concursal reúne las condiciones exigidas en la Ley para ser designado, no estará de más que el juzgado exija y compruebe referencias de anteriores actuaciones.

Pero más clara es -en nuestra opinión- la posible *culpa in vigilando* del juez mercantil, por aplicación de la propia ley del concurso, que somete a la administración concursal a la supervisión del juez del concurso. Tanto es así que éste podrá “en cualquier momento” requerir información “específica” o, incluso, “una memoria sobre el estado de la fase del concurso”.

Se otorga al juez del concurso una amplia facultad de vigilancia, inspección, control, revisión y verificación, que puede ejercer en cualquier tiempo y con la amplitud que estime oportuna, pero esa facultad del juez, que constituye -del mismo modo- una carga para la administración concursal, se convierte también en una obligación judicial.

Aún siendo conscientes de que la jurisprudencia que se ha pronunciado acerca de la responsabilidad judicial es restrictiva, en el supuesto de que una administración concursal actúe de forma contraria a la Ley o con manifiesta negligencia en el desarrollo de sus funciones, y cause con sus actos (u omisiones) un perjuicio a la masa del concurso o, directamente lesione los intereses del deudor, algún acreedor o un tercero, creemos necesario analizar si el órgano judicial, por acumulación de trabajo, por exceso de confianza o, simplemente, por no atender debidamente los asuntos a su juzgado encomendados, puede responder, junto con la administración concursal, de las consecuencias dañosas producidas, con causa en el déficit de supervisión a que le obliga la norma.

Nuestra opinión es favorable a la exigencia de responsabilidad judicial si se puede acreditar la inexistencia o deficiencia de la labor supervisora.

Al estar muy objetivadas en la Ley las condiciones para el acceso a la función de administración concursal, será muy difícil que pudiera prosperar una reclamación contra el juez amparada en su equivocación al elegir a un administrador concursal que incurrió en falta de lealtad o diligencia en el ejercicio de su función, pero además de comprobar el Tribunal que un candidato a administrador reúne las condiciones exigidas en la Ley para ser designado, no estará de más que el juzgado exija y compruebe referencias de anteriores actuaciones. Pero más clara es -en nuestra opinión- la posible ‘culpa in vigilando’ del juez , por aplicación de la ley del concurso.

España apoya una Fiscalía Europea, pero colegiada

Los ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea se han reunido en Bruselas para debatir la creación de una Fiscalía Europea que tendría como cometido combatir las infracciones contra los intereses financieros de la Unión. La postura de España ha sido clara: se trata de una iniciativa que implica un "trascendental avance en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE". Y es que, el fraude al presupuesto comunitario, que ha costado en los últimos 3 años en torno a 500 millones de euros a las arcas de los Veintiocho. Ahora bien, el ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, ha apostado por la creación de un órgano colegiado en lugar de uno unipersonal. En concreto, frente al modelo personalizado que nombraría el Consejo con el consentimiento del Parlamento europeo que propone la Comisión Europea, un grupo de diez países, entre los que se encuentra España, defienden una estructura colegiada. De este modo, explicó Gallardón, las actividades de investigación, la adopción de medidas urgentes, las transacciones y el ejercicio de recursos ante los tribunales nacionales recaerán de modo ordinario sobre los Fiscales Europeos Delegados. Además, según la propuesta española, el control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea quedaría encomendado a los jueces y tribunales nacionales, por lo que esta entidad tendría consideración de autoridad nacional. En octubre de 2013, la mayoría de países de la Unión Europea (UE) ya se mostraron a favor de esta iniciativa en el marco de un consejo de ministros de Justicia que abordó por primera vez la cuestión. Los eurodiputados respaldaron la propuesta por 19 votos a favor 4 en contra y ninguna abstención. La constitución de esta Fiscalía supondrá el reconocimiento mutuo de resoluciones, la cooperación judicial entre Estados miembros o la armonización de infracciones y sanciones.

El Tribunal de Justicia de la UE declara ilegal el 'céntimo sanitario'

El Tribunal de Justicia de la UE ha dictaminado que el *céntimo sanitario* -el impuesto sobre los carburantes que aplicaban algunas comunidades autónomas y cuyos ingresos se destinaban a financiar la sanidad- vulnera la legislación comunitaria. Los jueces señalan que "no procede limitar en el tiempo los efectos de esta sentencia, ya que el Gobierno español y la Generalitat de Cataluña no obraron de buena fe al mantener este impuesto en vigor durante más de diez años". España podría tener que devolver a los afectados 13.000 millones de euros recaudados ilegalmente entre 2002 y 2011. El fallo declara que el *céntimo sanitario* es contrario a la Directiva sobre los impuestos especiales, ya que no cumple el principal requisito exigido a un gravamen de este tipo: perseguir una finalidad específica. Indica que lo recaudado se destina a las comunidades autónomas para que éstas financien el ejercicio de algunas de sus competencias. "El aumento de la autonomía de un ente territorial mediante el reconocimiento de una potestad tributaria constituye un objetivo puramente presupuestario, que no puede, por sí solo, constituir una finalidad específica", afirma.



Los jueces censuran tipificar "conductas molestas"

La Asociación Jueces para la Democracia (JpD) ha publicado el documento *Orden público y restricción de las libertades* en el que asegura que el Gobierno persigue, a través de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana y de la reforma del Código Penal criminalizar "conductas críticas que están resultando especialmente molestas para el poder político, como las movilizaciones de distintos colectivos sociales, la ocupación pacífica de entidades bancarias o la convocatoria de manifestaciones a través de redes sociales". En su opinión, las reformas atienden a "criterios de oportunidad política" y suponen "las mayores restricciones de derechos y libertades de toda la etapa democrática". En relación a la Ley de Seguridad Ciudadana, asegura que los datos objetivos demuestran con carácter general que exista un problema de inseguridad en nuestro país pues "nos encontramos en los niveles más bajos de delincuencia en Europa". Y recuerda que a pesar del gran número de manifestaciones y reuniones convocadas en los últimos tiempos, solo se han producido alteraciones del orden público en un porcentaje irrelevante. Por ello asegura que "en lugar de gestionar las diversas contradicciones sociales desde el respeto a la pluralidad de una sociedad democrática, el Gobierno ha optado por criminalizar la disconformidad, con un autoritarismo que resulta incompatible con el respeto a los derechos constitucionales". En relación a la reforma Penal asegura que "lejos de situar las normas penales como última ratio, el actual gobierno lo ha convertido en instrumento de uso preferente con finalidades populistas, de control social o de criminalización de la disidencia". Y denuncia que la reforma del derecho administrativo sancionador "se inspira en la desconfianza en la actuación del poder judicial, por no haber satisfecho las exigencias punitivas del poder político".

Justicia prepara la primera prueba de acceso a la abogacía

El Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, para establecer los criterios por los que se realizará la prueba que capacitará para el ejercicio de ambas profesiones. La norma viene envuelta en polémica teniendo en cuenta que existen cientos de licenciados en el limbo entre el fin de sus estudios y el arranque de su vida laboral, ya que la prueba y la formación también se les exige a los antiguos licenciados en Derecho que no llevarán colegiados un año antes del 31 de octubre del pasado 2013 y aún no se ha fijado una convocatoria de examen para ellos. Existe incluso una plataforma de afectados que, bajo el nombre de *Abogados sin Toga*, reivindica la supresión del examen que impide el acceso a su profesión, a raíz de la "inactividad" en convocar la primera prueba nacional que se exige a partir de este año para incorporarse al Colegio. Por su parte, Justicia ha asegurado que la convocatoria de la primera prueba "se dará a conocer en próximos días" y, "en cualquier caso, el examen no podrá producirse al menos hasta tres meses después de publicarse la fecha", por

lo que como mínimo se produciría en junio. La Ley de Acceso, según recuerda el Ministerio, estimó necesario adquirir una cualificación profesional más allá de la sola obtención de una titulación universitaria. Ese proceso de capacitación profesional se adquiere mediante la superación de una formación especializada a través de la realización de cursos de formación que han de incluir un periodo de prácticas externas y superar una evaluación. El Real Decreto 775/2011 estableció que, para comprobar si se posee la formación necesaria para el ejercicio de ambas profesiones, se debía realizar una prueba compuesta por dos partes: una de preguntas múltiples y otra consistente en la resolución de un caso práctico. Así, el Real Decreto aprobado ayer por el Consejo de Ministros reforma el de 2011, con el fin de que la prueba conste únicamente de una parte escrita de contestaciones o respuestas múltiples con preguntas teóricas y supuestos prácticos sobre situaciones reales a las que van a enfrentarse los futuros abogados y procuradores. De esta forma, asegura Justicia, "se garantiza un sistema coherente de evaluación de aptitud profesional que permitirá valorar con absoluta objetividad la formación".

Protección de trabajadores a tiempo parcial y fomento de la contratación

El Boletín Oficial del Estado (BOE) recoge la publicación de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, así como del Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida. El segundo de los textos incorpora la nueva *tarifa plana* de las cotizaciones sociales para nuevos contratos indefinidos que mantengan el empleo al menos 3 años. El primero de ellos, entre otras cosas, recoge modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial, que se concretan en un conjunto de reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial. (BOE, 01-03-2014)

Acuerdo de la Dirección del Catastro con el Colegio de Abogados de Madrid

El Boletín Oficial del Estado (BOE) publica la Resolución de 19 de febrero de 2014, de la Dirección General del Catastro, por la que se publica el Convenio con el Colegio de Abogados de Madrid. El objetivo es facilitar a los ciudadanos la consulta y certificación de datos catastrales, así como la presentación de declaraciones ante el Catastro, en régimen de encomienda de gestión. También es objeto del Convenio la obtención electrónica de los datos catastrales necesarios para la tramitación de las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a través de la Sede Electrónica del Catastro. Así, el Colegio se compromete a prestar el servicio de acceso electrónico a la información catastral mediante el establecimiento en su sede de Madrid de un Punto de Información Catastral, que permitirá la consulta y certificación electrónica de la información incorporada a la Base de Datos Nacional del Catastro. (BOE, 03-02-2014)

Corporaciones locales. Información tributaria

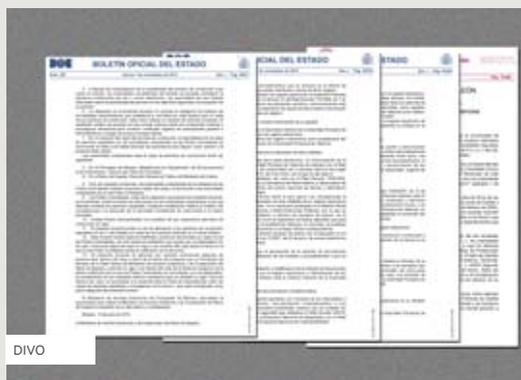
Resolución de 21 de febrero de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se desarrolla la información a suministrar por las corporaciones locales relativa al esfuerzo fiscal y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda. (BOE, 04-03-2014)

Memoria histórica. Comunidad Foral de Navarra

Corrección de errores de la Ley Foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936. (BOE, 28-02-2014)

Medidas tributarias. Comunidad Foral de Navarra

Corrección de errores de la Ley Foral 38/2013, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias. (BOE, 28-02-2014)



Estatuto de altos cargos. Medidas financieras. Extremadura

Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (BOE, 06-03-2014)

Endeudamiento de comunidades autónomas

Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo incluido en la Resolución de 12 de febrero de 2014, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico. (BOE, 07-03-2014)

Refinanciación y reestructuración de deuda empresarial: medidas urgentes

El Boletín Oficial del Estado (BOE) ha publicado el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. La norma ya ha sido criticada, entre otras cosas, por ofrecer pocas ventajas para las pequeñas y medianas empresas (pymes), puesto que el mayor volumen de deudas que las obliga a liquidar y cerrar sus puertas son las deudas contraídas con Hacienda y la Seguridad, que han quedado fuera de las posibilidades de negociación y por tanto deberán ejecutarse. El texto permite alcanzar acuerdos de refinanciación con uno o más acreedores, siempre que mejoren la posición patrimonial del deudor y sin necesidad de contar con mayorías de pasivo. Estos acuerdos sólo son rescindibles por el juez a instancia de la administración concursal. (BOE, 08-03-2014)

Prueba de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales

El Boletín Oficial del Estado (BOE) ha dado publicidad al Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales, aprobado por el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio. El Real Decreto 775/2011 estableció que, para comprobar si se posee la formación necesaria para el ejercicio de ambas profesiones, se debía realizar una prueba compuesta por dos partes: una de preguntas múltiples y otra consistente en la resolución de un caso práctico. El nuevo texto reforma el anterior, con el fin de que la prueba conste únicamente de una parte escrita de contestaciones o respuestas múltiples con preguntas teóricas y supuestos prácticos sobre situaciones reales. (BOE, 08-03-2014)

El peligro de poner en cuestión la representación voluntaria

POR LEOPOLDO MARTÍNEZ DE SALINAS Notario

Una sentencia del Supremo ha declarado la nulidad de una donación hecha con un poder general por falta de consentimiento, con el argumento de que el poder, aunque incluya la facultad expresa para hacer donaciones, no es suficiente para ello. El fallo contradice otras del mismo Tribunal en las que se reconoce, por ejemplo, la validez de una donación hecha con un poder para realizar actos de riguroso dominio sin incluir la donación. Por tanto, si se trata de la justicia del caso concreto, el Supremo debería haber encontrado argumentos que no socavaran los principios del sistema, introduciendo un nivel de inseguridad jurídica que podría llegar a paralizar el tráfico.

Una reciente sentencia de Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de una donación hecha con un poder general por falta de consentimiento, con el argumento de que el poder, aunque incluya la facultad expresa para hacer donaciones, no es suficiente para ello. Esta sentencia contradice otras del mismo Tribunal en las que se reconoce, por ejemplo, la validez de una donación hecha con un poder para realizar actos de riguroso dominio sin incluir la donación.

Por tanto, si se trata de la justicia del caso concreto, el Supremo debería haber

encontrado argumentos que no socavaran los principios del sistema, introduciendo un nivel de inseguridad jurídica que podría llegar a paralizar el tráfico, porque, ¿qué decisión debe tomar ahora el notario ante un poder general, tanto cuando se confiera como cuando se ejercite? La sentencia contiene en su argumentación algunas afirmaciones más que arriesgadas y así, en el fundamento de derecho sexto, se refiere a todos los actos de disposición, no solo los gratuitos.

Para ello revive una polémica superada (artículos 1712/1713 del Código Civil); confunde el poder con el mandato, y niega la existencia del poder sin mandato, es decir, la traslación de la voluntad decisoria, que es precisamente el supuesto a que responden los poderes generales prácticamente siempre. Todo ello en un momento en que estos poderes cobran una actualidad especial, de un lado, y sólo a modo de ejemplo, porque son el mecanismo mediante el cual los jóvenes y no tan jóvenes que se trasladan a trabajar al extranjero encomiendan a las personas de su confianza la toma de decisiones sobre sus intereses y patrimonios, y de otro porque mediante los poderes preventivos el ordenamiento jurídico -artículo 1732 CC, artículo 222.2 CCCat- ha establecido un mecanismo alternativo y rápido al acuciente problema de las incapacidades.

Parece innecesario recordar que en este último supuesto la traslación de la voluntad del poderdante al apoderado es absoluta, porque por definición el poderdante la ha perdido y ello confiere al poder un carácter prácticamente irrevocable. El sistema lo ampara tomando como base la confianza del poderdante en el apoderado y el rigor con que los notarios advertimos, asesoramos y controlamos en todos los poderes, y particularmente en estos.

La intervención del notario presume un consentimiento libre e informado del poderdante, que ha comprendido y querido lo que en el poder se contiene, pues de otro modo el notario no lo hubiera autorizado. El poder, como los demás documentos notariales, goza de una presunción de eficacia y validez que, naturalmente, puede ser contradicha, pero mediante las pruebas oportunas, con la posibilidad de defensa efectiva y por quien mantenga la validez del poder.

Es muy posible que en el supuesto en cuestión hubiera una actuación fraudulenta del apode-

El Supremo confunde el poder con el mandato, y niega la existencia del primero sin el segundo

Todo ello ocurre en un momento en que estos poderes cobran una actualidad especial



GETTY

rado, con dejación de los intereses del poderdante en beneficio propio, pero ello no puede conducir a poner en cuestión todo el aparato jurídico de la representación voluntaria. Lo que realmente ocurre es que el apoderado debe actuar en interés del poderdante, y rendirle cuentas de su gestión. Y si realiza un acto gratuito sin que ello pueda ser causa de un beneficio para el poderdante que compense la pérdida, ni está fundamentado en una verdadera voluntad de disponer a título gratuito del poderdante, el apoderado podrá ser responsable de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al poderdante.

Y esa responsabilidad puede también recaer sobre el tercero que *contrató* a través del poderdante -es decir, el donatario-, cuya adquisición además tendrá una protección mucho más endeble que si se hubiera realizado a título oneroso. Pero todo esto es algo completamente diferente de la insuficiencia del poder, a la que con cierta torpeza han acudido los tribunales para proteger al representado, distorsionando innecesariamente el funcionamiento del mismo, en lugar de acudir al verdadero fundamento de su resolución.

Es muy posible que en el supuesto en cuestión hubiera una actuación fraudulenta del apoderado, con dejación de los intereses del poderdante en beneficio propio, pero ello no puede conducir a poner en cuestión todo el aparato jurídico de la representación voluntaria. Lo que realmente ocurre es que el apoderado debe actuar en interés del poderdante, y rendirle cuentas de su gestión. Y si realiza un acto gratuito sin que ello pueda ser causa de un beneficio para el poderdante que compense la pérdida, ni está fundamentado en una verdadera voluntad de disponer a título gratuito del poderdante, el apoderado podrá ser responsable de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado.

Asiento de nombramiento del administrador social

La Dirección General de los Registros y de Notariado (DGRN) analiza en una resolución un supuesto en que el recurrente alegó que el nombramiento de administrador formalizado mediante esa escritura otorgada el 5 de octubre de 2012 no debería haberse inscrito, por haberse presentado dicha escritura durante la vigencia del asiento de presentación de la anterior –de 24 de junio de 2011– y ser contradictoria con ésta, por lo que solicitó que dicha inscripción sea revocada y se inscriba la escritura cuya calificación es objeto de este recurso. La Dirección recuerda que el recurso contra la calificación negativa del registrador “no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los Tribunales”. Por tanto, no pueden ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca. Por ello, no cabe en el presente recurso ni cancelar la última inscripción practicada de nombramiento de administrador, ni cuestionar los efectos que de tal asiento se derivan, en tanto no se proceda a su rectificación por el procedimiento legalmente previsto, si hubiere lugar a ello. Por este motivo, y “sin necesidad de tomar en consideración las referencias que la nota impugnada contiene sobre la existencia de otros acuerdos posteriores contradictorios, no cabe acoger las alegaciones de la recurrente en cuanto rebaten la calificación recurrida sobre la base de la improcedencia de dicho asiento inscrito”. Éste surtirá los efectos que le son propios, por ejemplo, los derivados del principio de tracto sucesivo, según el cual la inscripción del cese de un administrador requiere la vigencia de la inscripción de su nombramiento. (DGRN, 10-02-2014)

Cambio de gestor social e incongruencia con el asiento

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) resuelve un caso en que el registrador suspendió la inscripción solicitada respecto de un cambio de administrador social porque en los asientos registrales figuraba como administrador único una persona distinta del cesante, además de que, respecto de la revocación de cualquier poder o representación, ello corresponde al órgano de administración y no a la junta general. La Dirección decide que la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada y asegura que la junta general no puede otorgar poderes –lo mismo se entiende respecto de la revocación de éstos–, ya que el órgano competente para ello es el órgano de administración, dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él. Sobre el primer punto, asegura que el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados, que quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales. (DGRN, 11-03-2014)



GETTY

Adjudicación de finca y cancelación de cargas

En este caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) resuelve un caso en que se presentaron en el Registro de la Propiedad un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en procedimiento judicial de ejecución de títulos judiciales. La registradora inscribió el decreto de adjudicación y –habiéndose cancelado la anotación de la que trae causa la adjudicación, por haber incurrido en caducidad– denegó la cancelación de las cargas posteriores, por haber perdido la prioridad la anotación de la que procede la ejecución y mejorado de rango las cargas posteriores cuya cancelación se pretende. El recurrente, por su parte, sostiene que en el momento de la adjudicación de la finca se extingue el derecho anotado con posterioridad al embargo ejecutado, careciendo el reflejo de la carga posterior de entidad propia y no pudiendo afectar a las ulteriores transmisiones, produciéndose una falta de coordinación entre el Registro y la realidad extrarregistral que debe ser corregida mediante la cancelación ordenada en el mandamiento. Sin embargo, la Dirección desestima el recurso y recuerda que, en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores, la caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de la anotación. (DGRN, 10-02-2014)

Protección de Datos y Defensa de la Competencia

La Eurocámara aprueba la normativa sobre protección de datos en Internet

El pleno de la Eurocámara ha aprobado –por una amplia mayoría de 621 votos a favor, 10 en contra y 22 abstenciones– las nuevas normas que refuerzan la protección en la UE de datos personales en Internet, frente al uso que de ellos hacen grandes compañías como Facebook o Google. No obstante, las reglas todavía debe ser negociadas con los Gobiernos de los 28, por lo que su aprobación final se retrasa ya a la próxima legislatura. En un intento de evitar nuevos casos de espionaje a través de Internet, la norma establece que empresas como Facebook o Google no podrán transferir a Estados Unidos datos procesados en la UE, ni siquiera en respuesta a una orden judicial, si no cuentan con la autorización de un supervisor nacional y deberán informar al usuario afectado. Las compañías que incumplan sus obligaciones de protección de datos se enfrentan a multas de hasta el 5 por ciento de su volumen de negocios o 100 millones de euros, la cantidad que resulte mayor. El Parlamento endurece así la propuesta original de Bruselas, que limitaba las sanciones a un millón de euros o el 2 por ciento del volumen de negocios.

Expediente sancionador contra el Colegio de Abogados de Guadalajara

La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha incoado un expediente sancionador contra el Colegio de Abogados de Guadalajara por una posible conducta anticompetitiva. En concreto, se trataría, según ha advertido la CNMC, del establecimiento de requisitos a los abogados que deseen participar en la prestación de servicios asociados a la asistencia jurídica gratuita en Guadalajara, que “podrían excluir injustificadamente de esa actividad a aquellos que no los cumplan”. Las conductas analizadas tienen origen en las denuncias presentadas por dos abogados por una posible infracción de la normativa de competencia y, en particular, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). No obstante, tal y como ha advertido la CNMC, la incoación de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación. De este modo, se ha abierto, a partir de ahora, un período máximo de 18 meses para la instrucción del expediente y para su resolución por la CNMC.

La seguridad jurídica preventiva y paliativa: valor económico

POR DELFÍN MARTÍNEZ Notario

La seguridad jurídica es para la economía de mercado lo que la libertad para la democracia, es decir, un presupuesto imprescindible. El Estado garantiza la seguridad jurídica imponiendo el imperio de la ley mediante un sistema jurisdiccional que la salvaguarde cuando está amenazada y reestablezca la paz social cuando ha sido conculcada. El Estado no puede limitarse a ofrecer una seguridad jurídica meramente paliativa, correctiva o reparadora, sino que debe proporcionar mecanismos que garanticen, en el mismo instante en el que el ciudadano emite su declaración de voluntad o perfecciona un negocio jurídico, la certeza sobre su legalidad y eficacia.

La seguridad jurídica, principio garantizado por nuestra Constitución, es para la economía de mercado lo que la libertad para la democracia, es decir, un presupuesto imprescindible. El Estado garantiza la seguridad jurídica imponiendo el imperio de la ley mediante un sistema jurisdiccional que la salvaguarde cuando está amenazada y reestablezca la paz social cuando ha sido conculcada.

El Estado no puede limitarse a ofrecer una seguridad jurídica meramente paliativa, correctiva o reparadora, sino que debe proporcionar mecanismos que garanticen, en el mismo instante en el que el ciudadano emite su declaración de voluntad o perfecciona un negocio jurídico, la certeza sobre su legalidad y eficacia.

Nuestro sistema, en las relaciones jurídicas privadas, se articula en torno a dos funciones fundamentales: Notariado y Registro. Estos

órganos de la llamada justicia preventiva, esencialmente complementarios, han demostrado sobradamente su eficacia y solidez, tanto en etapas de crecimiento económico como de crisis. Cuando funcionan adecuadamente y cumplen su misión de supervisión y control pasan inadvertidos, por lo que se corre la tentación de pensar que no son necesarios y que se puede prescindir de ellos.

No olvidemos los devastadores efectos de la crisis financiera, fundamentalmente una crisis de confianza, provocados por una excesiva relajación en las instituciones de control y la asunción de riesgos por encima de lo razonable. En España ningún ciudadano alberga temor alguno sobre la titularidad de su vivienda, documentada notarialmente y registrada.

La función notarial fue creación de la sociedad. Cada día personas desconocidas para el notario le confiesan circunstancias muy íntimas para pedirle consejo sobre el modo de adecuar la redacción de sus actos y negocios jurídicos a las exigencias legales. Esta *autoritas* no se la atribuye ninguna ley ni nace del azar. Ocurre simplemente por ser *el notario*, por la confianza que sus antecesores han ido atesorando para la función a lo largo de los años y que debemos entreagar intacta a los que nos sucedan.

De esta *autoritas* resulta que el notario aquieta a las partes, pues su intervención ha ofrecido, por principio y tradición, la garantía de que el acto o negocio que documenta es verdadero y lícito. Esta confianza, difícil de cuantificar, tiene un valor económico que nuestra sociedad no puede ni debe desaprovechar.

El notario tiene una posición de *gatekeeper*, de guardián que controla los negocios jurídicos en el momento de su nacimiento, disminuyendo con su intervención las posibilidades de que salgan viciados.

Entre los mecanismos ofrecidos por los Estados para obtener la garantía de seguridad jurídica destaca la creación de formas jurídicas que puedan ser reconocidas por sí solas. Entre estas destaca el documento público autorizado por notario, al que la ley atribuye presunción de legalidad, fuerza probatoria y ejecutiva.

Basta con su simple exhibición para acreditar los hechos o derechos que contiene, facilitan-

Notariado y Registro han demostrado sobradamente su eficacia y solidez, en etapas de crecimiento y de crisis

No olvidemos los devastadores efectos de la crisis financiera por una excesiva relajación en las instituciones de control

do la exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas y desincentivando su incumplimiento. Cumple una función legitimadora en el tráfico jurídico al justificar *per se* la existencia de las titularidades y la autenticidad de las declaraciones de voluntad que contiene.

Sin embargo, existen riesgos para la tradicional e innegable seguridad jurídica que los Registros españoles siempre han proporcionado, y se contempla con preocupación alguna reforma legislativa como la posibilidad de presentar telemáticamente las cuentas anuales o de otorgar apoderamientos en documento electrónico suscrito con firma electrónica reconocida, por los administradores o apoderados de sociedades mercantiles y los emprendedores de responsabilidad limitada.

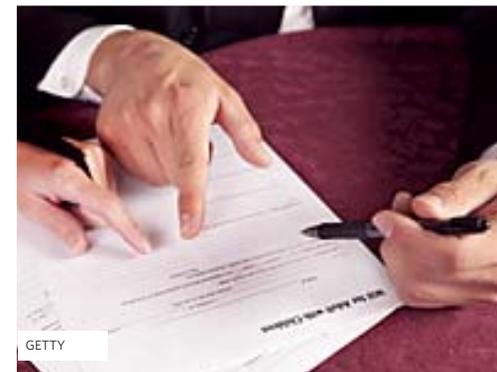
Estas reformas, que no aportan ventaja alguna a los mecanismos que han venido siendo utilizados eficazmente, pueden debilitar, precisamente en la situación en la que está nuestro sistema financiero, la confianza en la seguridad de la publicidad de los órganos de representación de nuestras sociedades o en el sistema de publicidad contable de las mismas.

Imaginemos la posibilidad de unas cuentas anuales o un apoderamiento mercantil firmados con el DNI electrónico de un administrador fallecido. ¿Quién responderá de la inexacta publicidad formal del Registro Mercantil cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales?

Corren tiempos de modernización para ambas funciones que deben, una vez más, dar su respuesta, eficaz y adecuada, a las nuevas tareas que se les quieren encomendar para descongestionar la Administración de justicia, potenciando su complementariedad y neutralizando los riesgos de infracontrol en la actuación notarial o sobrecontrol en la registral, siempre en aras del principio que da sentido a su actividad profesional, la seguridad jurídica.

No olvidemos que un notario, al igual que un juez o un secretario judicial, es un funcionario público con una rigurosa preparación técnica, para el que no constituye ninguna novedad la resolución de expedientes de jurisdicción voluntaria en los que no hay controversia si no acuerdo entre los particulares que no quieren acudir a los tribunales, sin pérdida de garantía alguna.

La modernización de la justicia requiere un esfuerzo para superar posiciones corporativistas, incluso de algunos órganos judiciales aparentemente más preocupados por retener competencias que por conseguir que éstas se desempeñen con la celeridad y eficacia que los ciudadanos requieren.



No olvidemos que un notario, al igual que un juez o un secretario judicial, es un funcionario público con una rigurosa preparación técnica, para el que no constituye ninguna novedad la resolución de expedientes de jurisdicción voluntaria en los que no hay controversia si no acuerdo entre los particulares que no quieren acudir a los tribunales, sin pérdida de garantía alguna. La modernización de la justicia requiere un esfuerzo para superar posiciones corporativistas, incluso de algunos órganos judiciales aparentemente más preocupados por retener competencias que por conseguir que éstas se desempeñen con la celeridad y eficacia que los ciudadanos requieren.

Condonación de créditos por sociedad dominante

La Dirección General de Tributos (DGT) acaba de pronunciarse sobre el tratamiento contable de condonación de créditos por la sociedad dominante de un grupo empresarial. Fija que la regla general dispone que la empresa donataria debe contabilizar la donación no reintegrable como un ingreso directamente imputado al patrimonio neto, para luego transferir el resultado a la cuenta de pérdidas y ganancias sobre una base sistemática y racional de forma correlacionada con los gastos de la donación. En particular, cuando se otorguen para cancelar pasivos, se imputarán como ingresos de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se produzca la cancelación, salvo cuando se otorguen en relación con una financiación específica, en cuyo caso la imputación se realizará en función del elemento financiado. En concreto, la regla especial recogida en el apartado 2 de la norma de valoración 18ª señala que "las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate". A la vista de este tratamiento, la norma contable parece rechazar la posibilidad de que entre el socio y sociedad pueda existir como causa del negocio la mera liberalidad. Al contrario, la solución que recoge para estas transacciones guarda sintonía con la causa mercantil que ampara las ampliaciones de capital. (DGT, 31-01-2014)

Indemnización en metálico por una aseguradora

No estarán sujetas a IVA las indemnizaciones abonadas en metálico por una aseguradora a sus clientes correspondientes a los costes de reparación de un siniestro. Así lo recoge una reciente consulta de la Dirección General de Tributos (DGT), que resuelve las dudas planteadas por una aseguradora que decide abonar en metálico a sus clientes la indemnización que corresponde a los costes de reparación de un siniestro. La Dirección asegura que, en el caso del supuesto de hecho planteado, dichos importes tienen la consideración de indemnización a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido y no forman parte de la base imponible de ninguna operación sujeta a dicho Impuesto, no debiéndose repercutir el Impuesto con ocasión del pago de los citados importes por la consultante. (DGT, 20-01-2014)

Últimos días para acogerse al nuevo 'IVA de caja'

El próximo 31 de marzo finaliza el plazo para que empresas y autónomos puedan acogerse al *IVA de caja*. El nuevo sistema, aprobado por el Gobierno en la Ley de Emprendedores, permite que quienes formen parte de este régimen no tengan que adelantar a Hacienda el impuesto de las facturas hasta que no sean cobradas. El pasado 27 de diciembre el Consejo de Ministros aprobó la ampliación hasta el 31 de marzo de 2014 del plazo para optar por el régimen fiscal de *IVA de caja*, para que las empresas dispusieran de más tiempo para adaptar las aplicaciones informáticas a las necesidades del nuevo régimen. Además, el reglamento determina que la liquidación del mes de julio de los contribuyentes sujetos al régimen especial del grupo de entidades del IVA se deberá presentar durante los veinte primeros días de agosto -ahora durante los 20 primeros días de septiembre-, como ya se ha hecho para todos los demás contribuyentes. El presidente del Colegio de Gestores Administrativos de Sevilla, Miguel Ángel Peón Riancho, ha explicado que *IVA de caja* "ha sido una de las medidas más demandadas por el colectivo".

Pago de precio, entrega de terreno y devengo del IVA

La Dirección General de Tributos (DGT) se pronuncia en este caso sobre un supuesto en que la entidad consultante suscribió un contrato de compraventa futura en virtud del cual, entre otras estipulaciones, se obligaba a poner a disposición del comprador una parcela de terreno una vez se acometieran las obras de urbanización de ésta, cuyo coste es asumido íntegramente por aquélla. En concreto, pregunta sobre el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), a lo que la Dirección responde que, dado que el pago del precio total parece producirse con anterioridad a la entrega del terreno urbanizado, el devengo se producirá en el momento de cada uno de los pagos anticipados y por el importe efectivamente satisfecho. La resolución recuerda que es necesario tener en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la Sentencia de 8 de febrero de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, Asunto C-320/88, analizaba una operación en la que una entidad había transmitido a otra el derecho a disponer de un inmueble, así como a los cambios de valor en el mismo, sus frutos y cargas, comprometiéndose igualmente a efectuar la transmisión de la propiedad jurídica sobre el mismo dentro de un plazo determinado. (DGT, 24-01-2014)

Doctrina de Hacienda

El Boletín Oficial del Estado (BOE) del pasado 11 de marzo hizo pública la Resolución de 4 de marzo de 2014, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre asistencia a los obligados tributarios y ciudadanos en su identificación telemática ante las entidades colaboradoras con ocasión del pago de deudas por el procedimiento de cargo en cuenta, mediante el sistema de firma no avanzada con clave de acceso en un registro previo (*pin24h*). La Resolución tiene por objeto aprobar y ordenar la publicidad del tratamiento de la información para que la Agencia Estatal de Administración Tributaria facilite a las Entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria la identificación telemática de aquellos obligados tributarios y personas que así lo soliciten con ocasión del pago de sus deudas, utilizando para ello el sistema de firma electrónica no avanzada con clave de acceso en un registro previo como usuario (*pin24h*). En particular, la Resolución será aplicable a aquellas operaciones de pago que se efectúen a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (<https://www.agenciatributaria.gob.es>), utilizando el procedimiento de cargo en cuenta, siempre que el obligado al pago sea

una persona física y correspondan a autoliquidaciones, liquidaciones practicadas por la Administración, tasas sobre apuestas y combinaciones aleatorias (modelo 685), y tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social (modelo 696). A efectos de los procedimientos previstos en la Resolución, la persona que ordena el pago a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria deberá ser necesariamente el propio obligado al pago. Para utilizar los procedimientos previstos en la Resolución el ordenante del pago deberá disponer de un sistema de firma electrónica no avanzada con clave de acceso en un registro previo como usuario (*pin24h*) y ser titular de una cuenta de cargo que esté abierta en alguna de las Entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria que se encuentren adheridas al procedimiento de pago mediante cargo en cuenta por medios telemáticos regulado en el punto 1 del apartado cuarto de la Resolución de 3 de junio de 2009 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre asistencia a los obligados tributarios y ciudadanos en su identificación telemática.

Marzo

Hasta el 20

Modelos

RENTA Y SOCIEDADES

Retenciones e ingresos a cuenta de rendimientos del trabajo, actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta, ganancias derivadas de acciones y participaciones de las instituciones de inversión colectiva, rentas de arrendamiento de inmuebles urbanos, capital mobiliario, personas autorizadas y saldos en cuentas.

• Febrero 2014. Grandes empresas 111,115,117,123,124,126,128, 230

IVA

- Febrero 2014. Autoliquidación 303
- Febrero 2014. Grupo de entidades, modelo individual 322
- Febrero 2014. Declaración de operaciones incluidas en los libros registro del IVA e IGIC y otras operaciones 340
- Febrero 2014. Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias 349
- Febrero 2014. Grupo de entidades, modelo agregado 353
- Febrero 2014. Operaciones asimiladas a las importaciones 380

IMPUESTO SOBRE LAS PRIMAS DE SEGUROS

• Febrero 2014 430

IMPUESTOS ESPECIALES DE FABRICACIÓN

- Diciembre 2013. Grandes empresas (*) 553,554,555,556,557,558
- Diciembre 2013. Grandes empresas 561,562,563
- Febrero 2014. Grandes empresas 560
- Febrero 2014 566,581
- Febrero 2014 (*) 570,580

(*) Los destinatarios registrados, destinatarios registrados ocasionales, representantes fiscales y receptores autorizados (grandes empresas), utilizarán para todos los impuestos el modelo 510

Hasta el 31

Modelos

DECLARACIÓN INFORMATIVA ANUAL DE OPERACIONES REALIZADAS POR EMPRESARIOS O PROFESIONALES ADHERIDOS AL SISTEMA DE GESTIÓN DE COBROS A TRAVÉS DE TARJETAS DE CRÉDITO O DÉBITO

• Año 2013 170

DECLARACIÓN INFORMATIVA ANUAL DE IMPOSICIONES, DISPOSICIONES DE FONDOS Y DE LOS COBROS DE CUALQUIER DOCUMENTO

• Año 2013 171

DECLARACIÓN INFORMATIVA DE VALORES, SEGUROS Y RENTAS

• Año 2013 189

DECLARACIÓN ANUAL DE DETERMINADAS RENTAS OBTENIDAS POR PERSONAS FÍSICAS RESIDENTES EN OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN OTROS PAÍSES Y TERRITORIOS CON LOS QUE SE HAYA ESTABLECIDO UN INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

• Año 2013 299

Marzo

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

Abril

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

IMPUESTO SOBRE LA ELECTRICIDAD

• Año 2013 513

DECLARACIÓN INFORMATIVA SOBRE BIENES Y DERECHOS EN EL EXTRANJERO

• Año 2013 720

IMPUESTO SOBRE HIDROCARBUROS

• Año 2013. Relación anual de kilómetros realizados

esquema básico

Marco legal para las horas extraordinarias

¿Cuáles son?

- Tendrán tal consideración cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria. Su prestación es voluntaria, salvo pacto individual o colectivo. Se prohíbe su realización durante el período nocturno, salvo en actividades especiales debidamente especificadas y expresamente autorizadas. Se prohíbe su realización a menores de 18 años.
- A efectos del cómputo, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Los representantes de los trabajadores tendrán derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas.

Horas extraordinarias de obligada realización

- Son las que vengan exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en los casos de riesgo de pérdida de materias primas. Es obligatoria su realización por el trabajador. No se tendrán en cuenta para el límite máximo anual de horas extraordinarias.

Retribución y número máximo de horas

- Se abonarán económicamente o compensarán con descanso por pacto individual o colectivo. La cuantía a percibir por cada hora extraordinaria en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto, las horas extraordinarias realizadas se compensarán mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.
- El número máximo de horas extraordinarias al año a realizar por un trabajador será de 80. No se computarán las que se hayan compensado mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. El número de horas máximas a realizar por los trabajadores con jornada de cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.
- No se aplica el límite de 80 horas anuales a las que se realicen para prevenir o reparar daños extraordinarios y urgentes, aunque tendrán que abonarse como horas extraordinarias, siendo obligatoria su realización para el trabajador.