



KNOW

Novedades Jurídicas y Fiscales

Boletín de actualización

Nº 72 – Noviembre 2018





Índice

Enfoque fiscal

Tasa Google: ¿una solución transitoria o definitiva?	4
--	---

Enfoque legal

Nueva doctrina del Tribunal Supremo en relación con la sucesión de plantilla impuesta por el Convenio Colectivo.	6
--	---

Novedades legislativas

Ámbito fiscal	9
Ámbito legal	11

Jurisprudencia

Ámbito fiscal	18
Ámbito legal	26

Doctrina administrativa

Ámbito fiscal	35
Ámbito legal	41

Noticias KPMG Abogados	44
-------------------------------	-----------

Enfoque fiscal

Tasa Google: ¿una solución transitoria o definitiva?*



Rufino de la Rosa
Socio
TAX VAT
KPMG Abogados, S.L.P.

Estamos asistiendo a una presión cada vez mayor por parte de las organizaciones internacionales, de la opinión pública y de los distintos gobiernos para aumentar la tributación de los agentes de la economía digital. Presión que ya se ha materializado en nuestro país mediante el anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (IDSD).

¿Por qué es necesario un nuevo impuesto? ¿No son válidas las reglas actuales que rigen la tributación de las empresas internacionales? Todos hemos podido escuchar o leer la expresión de “si algo es gratis el producto eres tú”, pero haciendo alusión a la necesidad de preservar nuestra privacidad en las plataformas digitales. Pero desde el punto de vista de la generación de valor, y su posible tributación, hay también un elemento muy relevante en esa afirmación. En esas operaciones no hay precio, no hay una transacción desde el comprador al vendedor, ni incluso queda claro quién es el comprador o el vendedor. Pero lo que sí está claro es que hay una generación de valor, si bien ésta se produce de manera indirecta, mediante la agregación de la información de los miles, millones o miles de millones de usuarios.

¿Cómo abordar este problema? ¿Cómo cada uno de los países donde se ha extraído esta nueva materia prima que son los datos, pueden obtener una tributación justa de la renta generada en sus jurisdicciones? Las soluciones pueden intentarse tanto de manera individual, como el caso español, o bien multilateral, de manera que el consenso entre todos los países permita establecer una solución que, garantizando una tributación justa en cada país, evite situaciones de doble imposición. Sin embargo, estas soluciones multilaterales cuentan con una importante dificultad, cualquier cambio en la tributación de estas empresas va a suponer una traslación de recursos desde las economías con mayor número de empresas digitales al resto de jurisdicciones. La conclusión es que habrá claros ganadores y evidentes perdedores, por lo que el

incentivo, el estímulo para alcanzar soluciones globales de consenso es reducido.

Las organizaciones internacionales y la doctrina fiscal están apostando por una solución de carácter definitivo que suponga adaptar la cartografía de los convenios de doble imposición a la nueva realidad económica del mundo digital. Esta solución supondría establecer un nuevo tipo de establecimiento permanente que, en lugar de atender a la presencia física, contemple supuestos en los que se pueda aludir a la presencia virtual como forma de atribuir rentas y beneficios a un país.

Y como alternativa, ¿cuál es la solución que ha sido denominada como transitoria y menos adecuada técnicamente? Trasladar la solución al ámbito de los impuestos indirectos. En este caso no es necesario calcular la renta o el beneficio sino encontrar una forma indirecta en la que se manifieste la capacidad económica.

En el ámbito de los servicios digitales se han contemplado tres supuestos en los que se considera que hay una extracción de valor desde los países en los que residen los usuarios de las empresas de carácter digital: los servicios de publicidad en línea, los servicios de transmisiones de datos y los servicios de intermediación en línea a través de las plataformas digitales. El diseño del impuesto a priori es sencillo, un tipo de gravamen, el 3%, que recae sobre el valor de esos servicios. Esta aparente sencillez es la que impulsa esta solución como primer paso hacia la tributación efectiva de los servicios digitales. Sin embargo al descender a los detalles esa sencillez desaparece. ¿Cómo se valoran esas transacciones?, ¿cuáles pueden someterse a gravamen en España y cuáles no?, ¿se pueden comprobar o cuantificar esos servicios? ... Pero estas mismas dificultades también están presentes en la llamada solución definitiva.

La segunda ventaja de esta solución es que puede ser abordada de manera unilateral. Al ser un impuesto indirecto no se ve limitado por las reglas de los Convenios de doble imposición y permiten eludir el bloqueo o la lentitud de ciertos países a la hora de abordar la solución definitiva. Pero igualmente es necesario descender a los detalles de la configuración del impuesto para poder tener la certeza de su carácter indirecto.

Ningún tributo es bienvenido. Es fruto de una imposición pero que nos permite contar con los recursos necesarios para financiar los estados modernos y garantizar nuestra convivencia. Es necesario que las reglas estén claramente establecidas y que los hechos imposables estén definidos de manera precisa. Elementos aún más necesarios cuando no existen precedentes ni administrativos ni judiciales. Pero es cierto que estamos ante nuevas realidades y formas de creación de valor que demandan un cambio en la configuración de los tributos.

Configurar en la vida real algo como definitivo o transitorio es siempre aventurado. En el ámbito fiscal puede ser hasta temerario. La alcabala, por cierto un impuesto indirecto, fue creada por el rey Alfonso XI por un periodo de tres años para financiar la conquista de Algeciras. Se mantuvo en España durante cinco siglos. A lo mejor, las soluciones transitorias pueden ser más eficaces para el objetivo perseguido de lo que inicialmente se esperaba de ellas.

*Este artículo también puede leerse en tendencias.com



Enfoque legal

Nueva doctrina del Tribunal Supremo en relación con la sucesión de plantilla impuesta por el Convenio Colectivo



Beatriz Ruíz Vela
Senior Manager
Legal Laboral
KPMG Abogados, S.L.P.

El Tribunal Supremo (TS), acogiendo el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia "Somoza Hermo" de 11 de julio de 2018), acaba de modificar su criterio y la jurisprudencia que venía manteniendo en relación con las sucesiones de plantilla impuestas por Convenio en sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

Ese giro doctrinal se contiene en la **Sentencia de 27 de septiembre de 2018** y, como consecuencia de la nueva doctrina, podremos encontrarnos con la **ineficacia de las cláusulas convencionales de los Convenios Colectivos que prevean limitaciones a la responsabilidad de las empresas entrantes como resultado de sucesiones de contratas de sectores** tales como la seguridad privada o la limpieza, entre otros.

Según el nuevo criterio, la determinación acerca de si en esos casos hay sucesión de empresa no vendrá dado por el mandato convencional sino por la valoración casuística y ponderada acerca de la concurrencia de una transmisión de una auténtica entidad económica.

Así, lo trascendental en estos supuestos serán "*los hechos*" concretos concurrentes, y su acreditación, de manera tal que se pueda concluir que se está transmitiendo una entidad económica, resultando, en caso afirmativo, la aplicación del régimen del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en toda su extensión, no de manera limitada.

Hay que señalar que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ya se había pronunciado en ese sentido a través de su Sentencia de 26 de julio de 2018 (RSU nº 2310/2016) y tras haber elevado una cuestión prejudicial al TJUE, precisamente en el antedicho caso "Somoza Hermo". La doctrina expuesta en dicha resolución reafirma el carácter prevalente y de derecho necesario del régimen del art. 44 ET, norma de trasposición de la Directiva comunitaria 2001/23/CE relativa a la sucesión de empresas, **cuando se da la**

transmisión de una entidad económica y, por tanto, aquella debe ser aplicada desplazando la norma convencional.

Este cambio de criterio por parte del TS era muy esperado habida cuenta las discrepancias que la anterior jurisprudencia había venido suscitando. Esto es, en los supuestos en los que, no dándose el requisito legal para la sucesión de empresa de la cesión de elementos patrimoniales, el traspaso de los trabajadores de una empresa a otra se producía como consecuencia de la imposición del Convenio Colectivo a través de su cláusula subrogatoria, la jurisprudencia del TS, ratificando esa modalidad de subrogación, nos indicaba que el régimen jurídico de aplicación era el establecido en el propio Convenio Colectivo, por lo general menos protector que el del art. 44 ET.

A través de aquella jurisprudencia, la regulación de la subrogación convencional se configuraba como una mejora de las previsiones comunitarias y estatutarias, en tanto que, partiendo de la premisa de que no concurría un supuesto de verdadera subrogación a la que se refería la Directiva comunitaria 2001/23/CE tampoco le hubieran sido de aplicación los efectos de la subrogación legal y, al menos, el régimen convencional ofrecía algunas garantías como la básica continuidad de los contratos de trabajo.

De lo anterior, fue siempre referente la **Sentencia nº 276/2016, de 7 de abril, de la Sala de lo Social del TS** que, en un supuesto de sucesión de contratas de seguridad (sector característico en el que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra) en el que la empresa entrante asumía los trabajadores de la saliente en cumplimiento de lo establecido en el Convenio Colectivo del sector de aplicación, **estableció que la subrogación operaba, no según las garantías del art. 44 ET, sino con los requisitos y límites fijados en la norma convencional**, en consecuencia, según lo estipulado en la misma, confirmó la exoneración de responsabilidad de la entrante respecto de las deudas salariales anteriores a la transmisión.

Sin embargo, dicha Sentencia resultó muy controvertida, hasta el punto que contenía dos votos particulares a los que se adhirieron un total de cinco magistrados del Alto Tribunal discrepando de la tesis de la mayoría.

Pues bien, frente a dicha jurisprudencia, se formularon algunas cuestiones prejudiciales ante el TJUE precisamente al hilo de las cláusulas convencionales de exoneración de responsabilidad para las empresas entrantes en los casos de sucesión de plantillas. A través de las mismas, en esencia **se cuestionó la adecuación de dicha jurisprudencia a la Directiva 2001/23/CE** ya mencionada, pronunciándose al respecto el **TJUE mediante la mencionada Sentencia de 11 de julio de 2018 (caso “Somoza Hermo”)**, ahora acogida por nuestro Alto Tribunal.

De lo considerado por el TJUE destacamos la siguiente afirmación: *“en los sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”* y *“ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su*

trasmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba esencialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades de forma estable”. La actividad común de vigilancia, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, a falta de otros factores de producción, puede constituir una entidad económica”.

No cabe duda que este giro doctrinal va a suponer un impacto económico y social muy relevante en los sectores afectados. Por un lado, parece que se podrá ver aumentada la protección de los trabajadores implicados si se acredita que concurre la trasmisión de una entidad económica, neutralizando así las cláusulas convencionales que exoneran la responsabilidad al cesionario. Por otro lado, iremos viendo cómo reaccionan los interlocutores sociales de esos sectores, lo más probable, volcando sus esfuerzos en determinar qué requisitos se configurarán para identificar cada *“entidad económica”* en juego.





Novedades legislativas

Ámbito fiscal

Directivas de la UE

DIRECTIVA (UE) 2018/1695 del Consejo, de 6 de noviembre de 2018

(DOUE 12/11/2018), por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al período de aplicación del mecanismo opcional de inversión del sujeto pasivo en relación con determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios susceptibles de fraude, y del mecanismo de reacción rápida contra el fraude en el ámbito del IVA.

Esta Directiva reconoce que **los mecanismos de inversión del sujeto pasivo** previstos en la Directiva 2006/112 son instrumentos efectivos y eficientes para combatir el fraude fiscal en el ámbito del IVA. Sin embargo, estos mecanismos tienen un carácter temporal y solo podían aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2018 por lo que se hacía necesario su prórroga expresa. Así, con esta modificación se prórroga la aplicación de dichas medidas por un período de tiempo limitado, hasta la entrada en vigor de un régimen definitivo del IVA. Además se elimina también el requisito de un período mínimo de dos años que se había constatado como un obstáculo para ciertos Estados miembros que deseaban introducir el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

DIRECTIVA (UE) 2018/1713 del Consejo, de 6 de noviembre de 2018

(DOUE 14/11/2018), por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo relativo a los tipos del impuesto sobre el valor añadido aplicados a los libros, los periódicos y las revistas.

Con esta modificación -que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE- se habilita a los Estados miembros que vinieran aplicando tipos reducidos a los libros en soporte físico a poder aplicar el mismo tratamiento a los libros electrónicos, siempre que no se trate de publicaciones íntegra o predominantemente destinadas a la publicidad y que no consistan íntegra o predominantemente en contenidos de vídeo o música audible.

Leyes

LEY 8/2018, de 5 de noviembre (BOE 06/11/2018), por la que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

Esta nueva regulación, además de modificar los aspectos económicos del Régimen Económico y Fiscal de Canarias (REF), introduce importantes modificaciones en determinados incentivos fiscales, como son la Reserva para Inversiones en Canarias (RIC), la Zona Especial Canaria (ZEC), la bonificación en el IS por la producción de bienes corporales en Canarias y la Deducción por Inversiones en Canarias (DIC). Incluso se incorpora un nuevo beneficio fiscal para las entidades que contraten un trabajador para realizar su actividad en Canarias. También deben destacarse las modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades (IS) en materia de deducciones por inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales realizadas en Canarias, y pagos fraccionados del impuesto para entidades navieras bajo régimen especial de tonelaje o que

Ámbito fiscal (cont.)	
Leyes	<p>apliquen bonificaciones. La Ley 8/2018 fija su entrada en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 7 de noviembre de 2018. No obstante, algunas de las nuevas medidas aprobadas se contemplan con un efecto temporal determinado.</p>
Reales Decretos-leyes	<p><u>REAL DECRETO-LEY 17/2018, de 8 de noviembre (BOE 09/11/2018)</u>, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.</p> <p>Este Real Decreto-ley determina que desde el 10 de noviembre de 2018, el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (AJD) en las operaciones de constitución de préstamo con garantía hipotecaria será la entidad otorgante del préstamo.</p> <p>Se aclara, no obstante, que estarán exentas de cualquier modalidad del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades citadas en el art. 45.I.A) de la Ley del Impuesto.</p> <p>Finalmente, se incluye una disposición por la que se modifica el art. 15 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades para establecer que el gasto que supondrá el pago del AJD en esta modalidad de garantía derivada de préstamo hipotecario estará considerado como no deducible por parte del banco prestamista.</p>
Órdenes Ministeriales	<p><u>ORDEN HAC/1264/2018, de 27 de noviembre (BOE 30/11/2018)</u>, por la que se desarrolla para el año 2019 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.</p>

Ámbito legal

Laboral y Seguridad Social Resoluciones

RESOLUCIÓN de 17 de octubre de 2018 (BOE 06/11/2018), del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para el acceso por personas autorizadas al simulador de jubilación de la plataforma Tu Seguridad Social.

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2018 (BOE 15/11/2018), de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a las empresas y a los trabajadores por cuenta propia o autónomos afectados por las lluvias torrenciales y desbordamientos de torrentes acaecidos el 9 de octubre de 2018, en la Isla de Mallorca.

Banca, Seguros y Mercado de Valores

Reglamentos de la UE

REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2018/1627 de la Comisión, de 9 de octubre de 2018 (DOUE 09/11/2018), por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 680/2014 en lo que respecta a la valoración prudente a efectos de la comunicación de información con fines de supervisión (Texto pertinente a efectos del EEE).

REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2018/1699 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2018 (DOUE 13/11/2018), por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2018 y el 30 de diciembre de 2018 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Texto pertinente a efectos del EEE).

REGLAMENTO (UE) 2018/1845 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO, DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2018 (DOUE 26/11/2018), sobre el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 178, apartado 2, letra d), del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de definir el umbral de importancia de las obligaciones crediticias en mora (BCE/2018/26).

Decisiones de la UE

DECISIÓN (UE) 2018/1676 DEL CONSEJO, DE 15 DE OCTUBRE DE 2018 (DOUE 09/11/2018), relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra.

DECISIÓN (UE) 2018/1625 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2018 (DOUE 09/11/2018), por la que se modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2018/24).

Orientaciones de la UE

ORIENTACIÓN (UE) 2018/1626 del Banco Central Europeo, de 3 de agosto de 2018 (DOUE 09/11/2018), por la que se modifica la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2018/20).

Ámbito legal (cont.)

Reales Decretos-Leyes

REAL DECRETO-LEY 19/2018, de 23 de noviembre (BOE 24/11/2018), de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

En líneas generales supone la implementación en nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria conocida como PSD2 con un retraso de varios meses.

Según reza la propia exposición de motivos, una vez consolidada la zona única de pagos (SEPA) se hace preciso avanzar en la adaptación de la regulación a los nuevos cambios tecnológicos que permitan a los usuarios disponer de forma más fiable de nuevos servicios de pago y nuevos agentes que van implantándose de forma cada vez más intensa, especialmente en el contexto de un mercado más amplio que el nacional.

Así, este Real Decreto-ley tiene como principales objetivos: (i) facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet; (ii) reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la normativa anterior de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (la cual deroga expresamente); (iii) promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet.

El objeto de este Real Decreto-ley es la regulación de los servicios de pago que se presten con carácter profesional en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivos tanto de los usuarios de los servicios de pago como de los proveedores de los mismos.

Este Real Decreto-ley se aplicará a los servicios de pago prestados dentro de España, cualquiera que sea el origen o el destino final de las operaciones. Por tanto, se establece un sólo sistema para los proveedores que estén sujetos a la norma española, sin afectar a las operaciones que tuvieran lugar únicamente en territorio del resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

Entre las novedades de la norma destacar la incorporación de dos nuevos servicios de pagos que hasta ahora no habían sido objeto de una regulación específica; la prohibición de "recargos" por uso de medios electrónicos; y el reforzamiento de los derechos de los clientes en caso de operaciones de pago no autorizadas.

Adicionalmente, mediante este Real Decreto-ley se adapta el ordenamiento jurídico español a una serie de Reglamentos comunitarios, con el fin de mejorar la seguridad jurídica de los operadores de mercado y la eficiencia de su funcionamiento, lo que implica la modificación de varias disposiciones normativas, entre otras, el Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.

En relación con su entrada en vigor, este Real Decreto-ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE salvo en lo relativo al sistema de transparencia de las condiciones y los requisitos de información de los servicios de pago (Título II) y los derechos y las obligaciones de los proveedores y de los usuarios en relación con servicios de pago (Título III) que entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE. Asimismo, las medidas de seguridad relativas a la confirmación de la disponibilidad de fondos, las normas de acceso a las cuentas de pago en caso de servicios de iniciación de pagos y a la información sobre cuentas de pago, así como en materia de autenticación reforzada de clientes, no serán aplicables hasta septiembre de 2019.

Ámbito legal (cont.)

Reales Decretos-Leyes

No obstante lo anterior, se contempla todo un régimen transitorio de adaptación de las entidades de pago y entidades de dinero electrónico a la nueva regulación. En particular, se prevé que las entidades de pago que hubieran comenzado a ejercer actividades con arreglo a la Ley 16/2009 de servicios de pago podrán proseguir sus actividades de conformidad con lo previsto en dicha ley, sin necesidad de obtener la autorización prevista en este Real Decreto-ley durante un máximo de cuatro (4) meses.

Protección de datos Reglamento de la UE

REGLAMENTO (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 (DOUE 21/11/2018), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (Texto pertinente a efectos del EEE).

REGLAMENTO (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 (DOUE 28/11/2018), relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE).

Administrativo Reglamentos de la UE

REGLAMENTO (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018 (DOUE 21/11/2018), relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (Texto pertinente a efectos del EEE).

REGLAMENTO (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (DOUE 21/11/2018), relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1077/2011.

REGLAMENTO (UE) 2018/1798 de la Comisión, de 21 de noviembre de 2018 (DOUE 22/11/2018), por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, para el año de referencia 2019 (Texto pertinente a efectos del EEE).

Directivas de la UE

DIRECTIVA (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (DOUE 28/11/2018), por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

Ámbito legal (cont.)

Leyes

LEY ORGÁNICA 1/2018, de 5 de noviembre (BOE 06/11/2018), de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

Reales Decretos-leyes

REAL DECRETO-LEY 18/2018, de 8 de noviembre (BOE 09/11/2018), sobre medidas urgentes en materia de carreteras.

Reales Decretos

REAL DECRETO 1180/2018, de 21 de septiembre (BOE 10/11/2018), por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y se modifican el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea; el Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y el Reglamento de certificación y verificación de aeropuertos y otros aeródromos de uso público; el Real Decreto 931/2010, de 23 de julio, por el que se regula el procedimiento de certificación de proveedores civiles de servicios de navegación aérea y su control normativo; y el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, aprobado por Real Decreto 601/2016, de 2 de diciembre.

REAL DECRETO 1267/2018, de 11 de octubre (BOE 10/11/2018), por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

REAL DECRETO 1364/2018, de 2 de noviembre (BOE 19/11/2018), por el que se modifica el Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.

REAL DECRETO 1365/2018, de 2 de noviembre (BOE 19/11/2018), por el que se aprueban las estrategias marinas.

REAL DECRETO 1400/2018, de 23 de noviembre (BOE 24/11/2018), por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad nuclear en instalaciones nucleares.

Órdenes Ministeriales

ORDEN TEC/1158/2018, de 29 de octubre (BOE 03/11/2018), por la que se otorga el régimen retributivo adicional a instalaciones de producción de energía eléctrica existentes en los territorios no peninsulares de Menorca, Gran Canaria y Tenerife que deban llevar a cabo inversiones adicionales derivadas del cumplimiento de la normativa comunitaria o estatal para continuar en funcionamiento.

ORDEN ECE/1161/2018, de 29 de octubre (BOE 06/11/2018), por la que se resuelve la subasta convocada por Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, para el otorgamiento de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda 3600-3800 Mhz.

ORDEN ECE/1166/2018, de 29 de octubre, (BOE 08/11/2018), por la que se aprueba el Plan para proporcionar cobertura que permita el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 Mhz.

Ámbito legal (cont.)

Órdenes Ministeriales

ORDEN TEC/1171/2018, de 29 de octubre (BOE 14/11/2018), por la que se regula la información, el control, el seguimiento y la evaluación de las grandes instalaciones de combustión (GIC).

ORDEN TEC/1174/2018, de 8 de noviembre (BOE 14/11/2018), por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperíodo 2017-2019.

ORDEN ICT/1212/2018, de 12 de noviembre (BOE 20/11/2018), por la que se actualizan los anexos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI y XII del Real Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas propulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos.

ORDEN ICT/1228/2018, de 12 de noviembre (BOE 22/11/2018), por la que se crean la Junta de Contratación y la Mesa Única de Contratación del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y se regulan su composición y funciones.

ORDEN TEC/1226/2018, de 13 de noviembre (BOE 21/11/2018), por la que se aprueban los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social y al coste del suministro de electricidad de los consumidores a que hacen referencia los artículos 52.4.j) y 52.4.k) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, correspondientes al año 2018.

ORDEN HAC/1234/2018, de 14 de noviembre (BOE 23/11/2018), por la que se modifica la Orden EHA/2043/2010, de 22 de julio, por la que se regula el procedimiento de remisión de las cuentas anuales y demás información que las entidades del sector público empresarial y fundacional del Estado han de rendir al Tribunal de Cuentas, y de la información de carácter anual y trimestral a remitir a la Intervención General de la Administración del Estado.

ORDEN HAC/1235/2018, de 14 de noviembre (BOE 23/11/2018), por la que se modifica la Orden HAP/2161/2013, de 14 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de rendición al Tribunal de Cuentas de las cuentas anuales y demás información por las entidades reguladas en los párrafos tercero y quinto de la disposición adicional novena de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que deben aplicar el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones y la información de carácter anual, trimestral y mensual a remitir a la Intervención General de la Administración del Estado por dichas entidades.

Circulares

CIRCULAR 2/2018, de 14 de noviembre (BOE 23/11/2018), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 1/2017, de 8 de febrero, que regula la solicitud de información y el procedimiento de liquidación, facturación y pago del régimen retributivo específico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

CIRCULAR 3/2018, de 14 de noviembre (BOE 23/11/2018), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 2/2015, de 22 de julio, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista.

Ámbito legal (cont.)

Resoluciones

RESOLUCIÓN de 17 de octubre de 2018 (BOE 07/11/2018), de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se fija el precio medio de la energía a aplicar en el cálculo de la retribución del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad prestado por los consumidores de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares a los que resulta de aplicación la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, durante el cuarto trimestre de 2018.

RESOLUCIÓN de 25 de octubre de 2018 (BOE 06/11/2018), del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

RESOLUCIÓN de 30 de octubre de 2018 (BOE 28/11/2018), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos.

RESOLUCIÓN de 30 de octubre de 2018 (BOE 28/11/2018), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores dominantes en los sectores energéticos.

RESOLUCIÓN de 31 de octubre de 2018 (BOE 03/11/2018), de la Dirección General del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, por la que se acuerda la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento de concesión de las ayudas a la producción de cortometrajes sobre proyecto, convocadas mediante Resolución de 10 de agosto de 2018.

RESOLUCIÓN de 31 de octubre de 2018, (BOE 08/11/2018), de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que se modifican determinadas resoluciones sobre las actividades de juego previstas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

RESOLUCIÓN de 31 de octubre de 2018 (BOE 19/11/2018), de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

RESOLUCIÓN de 6 de noviembre de 2018 (BOE 14/11/2018), de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el calendario y las características del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, para el periodo de entrega comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2019.

RESOLUCIÓN de 8 de noviembre de 2018 (BOE 20/11/2018), de la Secretaría de Estado para el Avance Digital, por la que se publica el Convenio con la Entidad Pública Empresarial Red.es, M.P. y con la Fundación Barcelona Mobile World Capital Foundation, para la realización de actuaciones conjuntas en el ámbito de la tecnología 5G - "Observatorio Nacional de 5G".

RESOLUCIÓN de 14 de noviembre de 2018 (BOE 28/11/2018), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija y móvil.



Jurisprudencia

Ámbito fiscal

Impuesto sobre Sociedades (IS)

Tribunal General de la Unión Europea

REGÍMENES ESPECIALES

El TGUE confirma que el régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero constituye una ayuda de Estado.

Sentencias (7) del TGUE de 15/11/2018, Asuntos: T-207/10, T-227/10, T-239/11, T-405/11, T-406/11, T-219/10 RENV y T-399/11 RENV)

El Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ha dictado sentencia en relación con los asuntos que le fueron devueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al objeto de que se pronunciara sobre si nuestro régimen de amortización del fondo de comercio financiero del Impuesto sobre Sociedades (IS) -vigente desde 2002 y actualmente derogado- debía ser considerado o no ayuda de Estado. A estos efectos, ahora el TGUE entiende que **es una medida selectiva**, y **respalda las Decisiones de la Comisión que lo anularon**. Ahora bien, el TGUE también confirma que la decisión de la Comisión de respetar la aplicación de la medida para operaciones anteriores a 21 de diciembre de 2007 ha de mantenerse, por invocación del principio de confianza legítima.

Aplicando el método de análisis en tres etapas (recogido por el TJUE en su Sentencia de 2016 World Duty Free apdos. 57 y 58), el **Tribunal General concluye que la medida controvertida es selectiva**, a pesar de que todas las empresas sujetas al Impuesto sobre Sociedades en España puedan acceder a la ventaja que establece la misma: **cuando las empresas sujetas al IS adquieren participaciones en sociedades fiscalmente domiciliadas en España, no pueden obtener en virtud de esas operaciones la ventaja prevista en el mecanismo de deducción de que se trata, a diferencia de lo que ocurre con las empresas que adquieren participaciones en el extranjero.**

El Tribunal General deduce de ello que una **medida fiscal nacional como la controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar esa operación.**

A este respecto hace constar que a partir de ahora, según el Tribunal de Justicia, se considerará que **una medida puede ser selectiva aunque la diferencia de trato derivada de ella se base en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no realizarlas**, y no en la distinción entre empresas en función de sus características propias.

Y para llegar a la conclusión de que la medida fiscal controvertida es selectiva, el Tribunal General considera, al igual que la Comisión, que dicha medida establece unas **diferencias de trato entre las empresas** que no están justificadas por la naturaleza y la estructura del régimen de tratamiento fiscal del fondo de comercio aplicado en España.

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunal Supremo

OPERACIONES VINCULADAS

Compatibilidad entre el régimen sancionador de las operaciones vinculadas y el general de la LGT.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 15/10/2018. Rec. 4561/2017

La cuestión planteada en casación se relaciona con un acta del IRPF para un apoderado taurino a resultas de la interposición de una sociedad participada por él y su cónyuge para la prestación de sus servicios profesionales, aplicando la normativa de operaciones vinculadas entre la persona física y la sociedad, y consiste en determinar si, no habiéndose incumplido las obligaciones específicas de documentación exigidas en relación con las operaciones vinculadas (puesto que no existía obligación de documentar estas operaciones por el juego de los límites cuantitativos), las correcciones efectuadas por la Administración tributaria respecto de las mismas, de las que se deriva una falta de ingreso, pueden ser sancionadas conforme a lo previsto en el art. 191 LGT.

Pues bien, el Tribunal Supremo **fija jurisprudencia** señalando que:

- La aplicación de la exención total de responsabilidad contenida en el art. 16.10.4º TRLIS presupone la obligación del sujeto pasivo de llevar y mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación relativa a las operaciones vinculadas. **En los casos, por tanto, en los que el obligado tributario está exonerado del cumplimiento de esta obligación formal, no procede aplicar el art. 16.10.4º TRLIS.**
- **La exclusión de responsabilidad** prevista en ese artículo, **resultará aplicable únicamente cuando concurren las tres circunstancias** siguientes: **(a)** que no se haya incumplido por parte del obligado tributario la obligación formal de llevanza de la documentación que le corresponde; **(b)** que el valor declarado por él en su declaración de renta coincida con el que se ha hecho constar en la documentación de la operación vinculada; y **(c)** que, pese a la existencia de esta coincidencia documental, el valor normal de mercado que se haya atribuido a la operación vinculada sea incorrecto y haya precisado de una corrección valorativa por parte de la Administración tributaria. Concurriendo estas tres circunstancias la conducta del obligado tributario no será sancionable ni conforme al régimen sancionador específico contenido en el art. 16.10.1º y 2º TRLIS ni de conformidad con el régimen sancionador general establecido en la LGT.
- **En defecto de la aplicación del régimen sancionador especial** establecido en el art. 16.10 TRLIS procede aplicar el **régimen sancionador general previsto en la LGT** y, en particular, el art. 191 LGT, siempre y cuando concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto que ha venido estableciendo nuestra jurisprudencia.

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunal Supremo

PAGOS FRACCIONADOS

Inadmisión del recurso de casación presentado en relación con la Orden que aprobó el modelo de autoliquidación del pago fraccionado mínimo.

Auto del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 10/10/2018. Rec. 4346/2018

El TS inadmite el recurso de casación planteado por una entidad en relación con la Orden HAP/1552/2016, de 30 de septiembre (en adelante la Orden), que modificó los modelos 222 y 202 de pagos fraccionados, para adaptarlos al pago fraccionado mínimo en el Impuesto sobre Sociedades (IS) creado por el Real Decreto-Ley 2/2016 de 30 de septiembre (RD-Ley 2/2016).

Así, el Alto Tribunal determina que **no procede elevar cuestión de inconstitucionalidad** en relación con las obligaciones impuestas por el RD-Ley 2/2016 pues no se albergan dudas de que se haya vulnerado con la norma discutida ninguno de los principios constitucionales alegados por la parte recurrente:

- **Principio de igualdad tributaria.** El RD-Ley 2/2016 dirige las medidas de incremento del pago fraccionado a determinadas entidades que superen los 10 millones de facturación -umbral que la Ley 27/2014 (LIS) fija para diferenciar empresas de reducida dimensión y grandes empresas- y, adicionalmente, que tengan una cuenta de pérdidas y ganancias positiva, pues el tipo del pago fraccionado se girará respecto del beneficio contable producido. Pues bien, aunque existe una diferencia de trato, no se puede achacar a la medida incorporada por el RD-Ley 2/2016 carencia de justificación, habida cuenta de la utilización de un umbral contenido en otros pasajes de la propia Ley, lo que elimina la tacha de arbitrariedad que conlleva la vulneración del *principio de igualdad*.
- **Principios de capacidad económica y de no confiscatoriedad.** El RD-Ley 2/2016 fija para las grandes empresas una obligación de anticipo -no un gravamen definitivo- cuantificada proporcionalmente, en función del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. Consecuentemente, puesto que no se exige el anticipo del impuesto en función de un parámetro alejado de las posibilidades de contribución del sujeto pasivo, no resulta evidente la vulneración de este principio.
- **En relación con el principio de confiscación** no se demuestra que los tributos que gravan la renta de estos sujetos superen el 100% de la misma, por lo que no se aprecia con nitidez la vulneración denunciada.
- Además, el TS considera que no hay **retroactividad**, ya que afecta a los pagos fraccionados posteriores a la publicación de la norma.
- En cuanto a la vulneración del **principio de seguridad jurídica y de confianza legítima**, afirma el TS que tienen un ámbito muy reducido sin que pueda esperarse una estabilidad normativa pro futuro. En consecuencia el cambio normativo producido por el RD-Ley 2/2016 en relación con el pago fraccionado no puede considerarse sin más contrario al *principio de confianza legítima*.
- Se alega la vulneración del art. 86.1 CE, por inexistencia de los **requisitos de extraordinaria y urgente necesidad**. Pues bien, la Exposición de motivos del RD-Ley 2/2016 cita la exigencia de cumplir con los objetivos comunitarios de déficit, así como una Decisión del Consejo de la UE de julio de 2016 -emitida por tanto 2 meses antes de

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunal Supremo

su aprobación- en la que se indica que España no ha adoptado medidas eficaces para cumplir con la Recomendación de 21 de junio de 2013 del Consejo, lo cual pudo provocar una necesidad apremiante de reequilibrio de las finanzas públicas que llevara a aprobar el Real Decreto-ley ahora analizado. Así, no ofrece dudas para el Tribunal considerar que los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad se produjeran, aun cuando las situaciones de déficit desencadenantes de la medida legislativa enjuiciada se debieran a actuaciones previas del Legislador.

- En relación con la afectación al **deber de contribuir**, el TS considera que dado que la elevación del pago fraccionado del IS solo afecta a grandes empresas no se puede afirmar que altere sustancialmente a una figura tributaria esencial de nuestro sistema como es el IS.

El Supremo declina plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la modificación de los pagos fraccionados del IS que realizó el RD-Ley 2/2016.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

Tribunal Supremo

PRESTACIONES POR MATERNIDAD

El TS fija jurisprudencia: las prestaciones por maternidad están exentas de IRPF.

Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 03/10/2018. Rec. 4483/2017

El pasado 3 de octubre, el TS en su Sentencia 1462/2018 estableció como **doctrina legal** que **" las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas."**

Se trata de una sentencia muy esperada por cuanto fija jurisprudencia -en contra del criterio mantenido hasta la fecha por la Agencia Tributaria, el Tribunal Económico-Administrativo Central y otros tribunales de Justicia de rango inferior- y deja abierta la puerta para que todos aquellos **contribuyentes** que en los últimos 4 años **hayan percibido la prestación por maternidad de la Seguridad Social (tributando por ella) inicien un procedimiento de rectificación de autoliquidación y solicitud de ingresos indebidos**, así como para que prosperen los procedimientos abiertos de quienes ya lo hayan reclamado.

En su Sentencia, el Alto Tribunal considera que la **prestación por maternidad a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social puede incardinarse en el supuesto previsto en el párrafo tercero letra h del art. 7 de la Ley del IRPF**, cuando dispone que **"igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad."**

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunales Superiores de Justicia

Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

EXENCIONES

La indemnización por despido de un alto directivo, contratado inmediatamente como consejero, está exenta de IRPF.

Sentencia del TSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29/05/2018. Rec. 717/2017

En el marco de un despido con motivo de un ERE de un alto directivo, seguido de su inmediata contratación -al día siguiente- como consejero de la sociedad que hasta ese momento había sido su empleador, se discute si la cantidad correspondiente a la indemnización por despido debe estar exenta de tributación por el IRPF.

Afirma el TSJ asturiano, siguiendo la LIRPF y su Reglamento, que el **principio general** es que las indemnizaciones por despido recibidas con carácter objetivo constituyen **renta exenta de tributación en el IRPF**. Sin embargo, existe una **excepción** en los supuestos en los que **no exista real desvinculación** entre el trabajador y su empleador y, cuando en los **3 años siguientes a la fecha del despido se vuelva a prestar servicios para el mismo empleador**; siendo esto último una **presunción legal**.

El **contrato laboral** rescindido era **de alta dirección**; la norma tributaria se refiere con carácter general a las cantidades percibidas con motivo de la extinción y despido de los trabajadores, por lo que no cabe, en principio, discriminar a determinados trabajadores por el hecho de que el despido se produzca en el seno de una relación laboral especial. Además, **esa nueva vinculación de carácter no laboral como miembro de un órgano de dirección societaria no debe incluirse en las excepciones** que presume el Reglamento de la LIRPF, y por lo tanto cabe considerar exenta del IRPF la renta obtenida de la indemnización por despido, por apreciarse una efectiva desvinculación.

Por tanto, el TSJ reconoce el **derecho del alto directivo a la exención de las cantidades percibidas con motivo de su despido** y que alcanzan a los 7 días de salario por año trabajado con un máximo de 6 mensualidades, debiendo devolverse el exceso indebidamente ingresado con los intereses que procedan.

DEDUCCIONES

El IVA de los servicios de asesoramiento en la compra de acciones es deducible aunque finalmente no se hayan llevado a cabo las operaciones para las que se contrataron.

Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 17/10/2018. Asunto C-249/2017

En esta sentencia el TJUE resuelve que cuando una sociedad tiene la intención de adquirir la totalidad de las acciones de otra con la idea de prestarle servicios de gestión sujetos al IVA, tiene derecho a deducir íntegramente el IVA soportado por los gastos efectuados en concepto de servicios de asesoramiento en que incurrió en el marco de una oferta pública de adquisición aunque finalmente la operación no pueda llevarse a cabo, siempre que esos gastos traigan causa exclusivamente de la actividad económica prevista.

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD)

Tribunal Supremo

El caso planteado al Tribunal es el de una conocida compañía aérea de *low cost*, que lanzó una Oferta Pública de Adquisición (OPA) sobre la totalidad de las acciones de otra compañía (sociedad objetivo). En el proceso, la compañía aérea incurrió en gastos derivados de prestaciones de servicios de asesoramiento y de otros servicios relacionados con la adquisición por los que soportó las correspondientes cuotas de IVA. La operación no pudo finalmente llevarse a cabo en los términos en los que estaba prevista por cuestiones de Derecho de la competencia, de modo que solo logró adquirir una parte minoritaria del capital social de la sociedad objetivo. Sin embargo, solicitó la devolución del IVA soportado, dado que tenía la intención de prestar servicios de gestión sujetos al IVA a la sociedad objetivo, de forma que las acciones iban a quedar afectas a su actividad económica.

Pues bien, el Tribunal de Justicia resuelve que **la compañía aérea actuó como sujeto pasivo del impuesto en el momento en que incurrió en los gastos relativos a las prestaciones de servicios controvertidas**. Por ello, tiene **derecho a deducir inmediatamente el IVA soportado por esas prestaciones de servicios, aunque la actividad económica que debía dar lugar a operaciones gravadas no se llevara a cabo finalmente** y por lo tanto, no dieran lugar a tales operaciones. Por otro lado, con respecto al alcance del derecho a deducir debe considerarse **que los gastos** en que se incurrió **para adquirir las acciones** de la sociedad objetivo son **imputables al ejercicio de dicha actividad económica**. Como tales, esos gastos tienen una relación directa e inmediata con el conjunto de esa actividad económica y en consecuencia, forman parte de los gastos generales de esta. De ello se desprende que el IVA correspondiente da derecho a una deducción íntegra.

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El TS cambia su jurisprudencia señalando que el sujeto pasivo del AJD de las hipotecas es el Banco y anula un artículo del Reglamento del impuesto.

Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16/10/2018. Rec. 5350/2017

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado la Sentencia núm. 1505/2018 de 16 de octubre de 2018 (Rec. 5350/2017), que **modifica su jurisprudencia anterior** y fija como **criterio interpretativo** que el sujeto pasivo en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD), en su modalidad de cuota gradual, cuando el documento sujeto es una **escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria**, es el acreedor hipotecario, no el deudor que recibe el préstamo. Como consecuencia de ello el Alto Tribunal anula el art. 68 (apdo. segundo) del Reglamento del ITP que tras reiterar la previsión legal según la cual *“será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”*, añade que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamos con garantías se considerara adquirente el prestatario”*.

Ámbito fiscal (cont.)

Tribunal Supremo

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El TS consolida su doctrina sobre el sujeto pasivo del AJD en los préstamos hipotecarios.

Sentencias del TS, Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 27/11/2018. Recursos nº 5911/2017, 1049/2017 y 1653/2017.

El Pleno del Tribunal Supremo (TS) ha hecho públicas las tres Sentencias en virtud de las cuales se torna por mayoría –aunque con numerosos votos particulares- al criterio según el cual el **sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) en la constitución de préstamos hipotecarios es el prestatario**, esto es, quien solicita el crédito.

Recordar que el desencadenante final de esta situación proviene de la **Sentencia del 16 de octubre** en la que **la Sala Segunda del TS** modifica su jurisprudencia anterior y fija como criterio interpretativo que el **sujeto pasivo** en el impuesto sobre AJD, en su modalidad de cuota gradual, cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, es el acreedor hipotecario (**la entidad bancaria**) y no el deudor que recibe el préstamo.

La enorme repercusión económica y social de este pronunciamiento determinó por un lado **(i)** que el Presidente de la Sala Tercera del TS convocara al **Pleno de dicha Sala** para conocer alguno de los recursos pendientes y **decidir si dicho giro jurisprudencial debía ser o no confirmado** y, **(ii)** por otro, que el Gobierno aprobase el RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre en virtud del cual modificó la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para establecer que, en las escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria formalizadas a partir del 10 de noviembre de 2018 resulta sujeto pasivo del AJD el prestamista.

Entrando en el fondo del asunto, la conclusión alcanzada por el Pleno del TS parte de considerar que en un negocio complejo como el de los préstamos con garantía hipotecaria, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operación contractual, es el préstamo, resultando la garantía hipotecaria un negocio derivado o siervo del anterior, sin el cual no existiría. Pues bien, si eso es así, **desde un punto de vista tributario es el préstamo el que debe guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor.**

Por lo demás, el argumento fundamental de las sentencias del Pleno para revocar la jurisprudencia de la Sección Segunda expresada en las sentencias de octubre es la anterior doctrina del TS en sentido contrario. De hecho, las sentencias del Pleno se dedican fundamentalmente a reprobar las sentencias de la Sección Segunda, diseccionando cada uno de los argumentos vertidos en ellas, para concluir que el sujeto pasivo en el IAJD, cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado.

El TS vuelve al criterio jurisprudencial tradicional y determina que el sujeto pasivo del AJD en los préstamos hipotecarios es el prestatario, esto es, quien solicita el crédito.

Ámbito fiscal (cont.)**Impuestos autonómicos (IIAA)**

Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC)

Tribunal Supremo

CONTROL DE LEGALIDAD DE NORMAS REGLAMENTARIAS.**El TS anula parcialmente el Reglamento del IGEC de Cataluña.**

Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26/09/2018. Rec. 3797/2012

La cuestión de fondo que se discute es la conformidad, o disconformidad, a Derecho del Decreto de la Generalitat de Catalunya 342/2001, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de Cataluña (IGEC).

El TS, partiendo de lo establecido en la **STJUE de 26/04/2018**, deduce que **el IGEC no es contrario al Derecho europeo**, porque no vulnera la libertad de establecimiento de los arts. 49 y 54 TFUE y porque el diferente tratamiento fiscal que otorga a los establecimientos comerciales en función de su superficie o en atención al menor impacto ambiental y territorial de ciertos establecimientos especializados no conlleva una ventaja selectiva constitutiva de una ayuda de Estado incompatible, según el art. 107.1 TFUE, con el mercado interior. Por lo que se refiere a las **ayudas de Estado**, dicha sentencia del TJUE de 26/04/2018 establece que un impuesto como el IGEC que **grava los grandes establecimientos comerciales con superficie de venta superior a 2.500m²** y **exonera a los establecimientos de superficie de venta inferior a 2.500 m²** no constituye una ayuda de Estado prohibida por el art 107.1 TFUE.

Sin embargo, concluye el TS que la **exención del IGEC** de los **establecimientos comerciales colectivos de superficie superior a 2.500 m² sí constituye una ayuda de Estado** en el sentido del art. 107.1 TFUE, por lo que es en este punto donde el TS acuerda **anular el Decreto controvertido** (art. 4 en relación con el art. 3 y 1).

Ámbito legal

Laboral y Seguridad Social

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

VACACIONES

Compensación económica a los herederos del trabajador por las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas.

Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 06/11/2018. Asunto acumulados C-569/16 y C-570/16

Un tribunal alemán planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 7 de la **Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo**, en relación con el litigio surgido de la negativa de los empleadores de los dos empleados fallecidos, a pagar a sus viudas una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas por sus cónyuges con anterioridad a su fallecimiento.

El TJUE a estos efectos determina que **resulta contrario al ordenamiento comunitario una normativa nacional**, como la controvertida en los litigios principales, esto es la alemana, con arreglo a la cual, cuando la relación laboral concluye por fallecimiento del trabajador, el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido en virtud de aquellas disposiciones y no disfrutado por el trabajador antes de su fallecimiento **se extingue sin que nazca ningún derecho a una compensación económica por tal concepto que sea transmisible *mortis causa* a sus herederos**.

VACACIONES

El permiso parental no se computa como tiempo efectivo de trabajo para el cálculo de duración de las vacaciones anuales.

Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 04/10/2018. Asunto C-12/2017

Este asunto tiene por objeto la interpretación del art. 7 de la **Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo** (en adelante Directiva 2003/88) en el marco de un litigio entre un Tribunal de Rumanía y una magistrada del mismo Estado en relación con la determinación del derecho de la magistrada a vacaciones anuales retribuidas correspondientes al año 2015, teniendo en cuenta el permiso parental disfrutado durante ese período (diferente este del permiso de maternidad, ya que es voluntariamente solicitado por la trabajadora).

En este sentido, el TJUE interpreta que una legislación que no computa como tiempo efectivo de trabajo para el cálculo de las vacaciones el disfrutado durante el permiso parental no se opone al art. 7 de la Directiva 2003/88, puesto que el trabajador en permiso parental no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, se encuentra en una situación distinta de la que resulta de una incapacidad laboral debida al estado de salud y su situación no es asimilable a la de la trabajadora que ejercita su derecho al permiso de maternidad.

El permiso parental no se computa como tiempo efectivo de trabajo para el cálculo de duración de las vacaciones anuales.

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA)

Determinación de los plazos en los cuales el FOGASA puede notificar sus resoluciones al interesado.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, Pleno, de 27/09/2018. Rec. 3540/2017

La cuestión que se plantea en este caso consiste en determinar -a los efectos de evitar que puedan entenderse estimadas por silencio administrativo positivo las solicitudes de prestaciones de garantía salarial a instancia del interesado- **cuál es el momento final para el cómputo del plazo de que dispone el FOGASA para terminar el procedimiento dictando resolución y, en su caso, para notificarla o para cursar su notificación**, en concreto respecto al plazo de tres meses previsto en el art. 28.7 del Real Decreto 505/1985 sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, donde se prevé que en dicho plazo, el FOGASA debe dictar resolución, pero sin que dicho precepto contenga referencia alguna a las obligaciones de notificar o de cursar la notificación ni a los plazos para efectuarlo.

En esta Sentencia, el Supremo solventa la laguna jurídica existente respecto del cómputo del plazo para notificar a los interesados las resoluciones expresas dictadas por el FOGASA para que opere o no el instituto del silencio positivo, determinando que **dentro del plazo máximo de 3 meses**, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud, **ha de considerarse incluida solamente la obligación de dictar resolución expresa por parte del FOGASA**, pero para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, **deberá acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto expreso dentro del máximo plazo de 10 días a partir de la fecha de tal resolución.**

ENFERMEDAD PROFESIONAL

Legitimación de los herederos de la viuda para reclamar la indemnización por daños y perjuicios, en el ámbito laboral, por encontrarse dentro del caudal hereditario.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 18/07/2018. Rec. 1064/2017

Se centra este asunto en torno a si los **herederos de la viuda** (hijo y nieta) del trabajador fallecido por enfermedad profesional, años antes de la muerte de su consorte, tienen derecho a reclamar de la empresa una indemnización de daños y perjuicios por esa contingencia, como sucesores de la viuda, dado que esa acción no se pudo ejercitar por la misma.

La empresa se negó a pagar la indemnización de daños y perjuicios a sus familiares (hijo y nieta), al haber fallecido la beneficiaria, al considerar que este pago formaba parte de los "derechos personalísimos", que son intransferibles, circunstancia que fue ratificada por el TSJ que les denegó la indemnización porque la viuda del trabajador, que fue la que inició el litigio, ya había fallecido.

Mientras que por el contrario, el TS considera que **forman parte del caudal hereditario los derechos nacidos y no ejercitados por el causante**, puesto que la viuda del trabajador fallecido por enfermedad profesional ejercitó las acciones judiciales oportunas para el reconocimiento de ese hecho, paso previo a la reclamación por los daños y perjuicios causados por esa contingencia y, como falleció antes de obtener sentencia favorable reconociendo ese hecho, sus herederos la sucedieron en las acciones y

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

derechos que la misma conservaba al tiempo de su fallecimiento, razón por la que sí estaban legitimados para el ejercicio de la acción; y en consecuencia para la percepción de la indemnización de daños y perjuicios.

Legitimación de los herederos de la viuda para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, en el ámbito laboral, por encontrarse dentro del caudal hereditario.

Mercantil

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

MERCADO INTERIOR

Una cuenta de ahorro que permite al usuario efectuar cargos y abonos a través de una cuenta corriente abierta a su nombre no tiene cabida en el concepto de "cuenta de pago".

Sentencia del TJUE, Sala Quinta, de 04/10/2018. Asunto C-191/2017

Este caso tiene por objeto **una petición de decisión prejudicial planteada sobre la interpretación del art. 4, punto 14, de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior**, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, en el marco de un litigio entre una entidad austriaca legitimada para la defensa de los intereses de los consumidores y una entidad financiera austriaca, en relación a la licitud de las condiciones generales de contratación ofrecidas por esta entidad bancaria. En concreto se cuestiona si tiene cabida dentro del concepto de cuenta de pago prevista en la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior, una cuenta de ahorro que permite disponer en cualquier momento de las cantidades depositadas y a partir de la cual pueden efectuarse cargos y abonos pero siempre a través de una cuenta corriente denominada "cuenta de referencia".

El TJUE determina que una cuenta de ahorro como la descrita en la cuestión prejudicial **no tiene cabida en el concepto de "cuenta de pago"** de la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior.

Tribunal Supremo

SOCIEDADES DE CAPITAL

Disolución por cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 09/10/2018. Rec. 3898/2015

A raíz del ejercicio de la acción de disolución judicial interpuesta por los socios minoritarios de una sociedad por concurrencia de causa legal y estatutaria de disolución, que consistía en haber cesado en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen su objeto social por un período superior a un año, la sociedad se opuso a la demanda en su escrito de contestación, negando la concurrencia de causa alguna de disolución. La argumentación de los socios minoritarios consistía en que habían vendido el complejo hotelero y el dinero obtenido de la venta lo habían destinado -como socios de una nueva sociedad- a la construcción de un nuevo complejo hotelero.

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

En concreto se cuestiona ante el TS si la tenencia de acciones o participaciones en una sociedad con objeto social idéntico o análogo, sin una actividad dirigida a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, constituye por sí misma el ejercicio indirecto de la actividad que constituye su objeto social, que de acuerdo con los estatutos era el siguiente: *“(...) la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmuebles”*.

El TS considera que lo efectivamente relevante para que se haya producido el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad en cuestión, no es el hecho de que esta sociedad haya dejado de ejercer directamente una actividad prevista en los estatutos al enajenar el establecimiento hotelero que explotaba, **sino el hecho de que actualmente no ejerza actividad alguna, ni directa ni indirectamente, relacionada con su objeto social**, pues **la mera titularidad de acciones no comporta por sí sola el ejercicio indirecto de una actividad encuadrada en su objeto social** por más que esta actividad esté incluida en el objeto social de la sociedad participada. Añade el Alto Tribunal que *“la mera presentación de declaraciones del impuesto de sociedades, la formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales y la contratación de profesionales que defiendan a la sociedad en los litigios frente a la Hacienda Pública no constituyen por sí solos el ejercicio, ni directo ni indirecto, de la actividad que constituye el objeto social”*.

En suma, lo relevante consiste en que ha de ejercitarse efectivamente esa actividad, y no constituye ejercicio propiamente dicho la mera titularidad de un paquete accionario en una sociedad de idéntico o análogo objeto social, sin actuación alguna tendente a gestionarlo y rentabilizarlo mediante acciones que incidan en el desarrollo de la actividad de la sociedad participada, ni el mero cumplimiento de las obligaciones fiscales y formales de la sociedad. En consecuencia, el TS estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

La mera titularidad de acciones no comporta por sí sola el ejercicio indirecto de una actividad encuadrada en su objeto social por más que esta actividad esté incluida en el objeto social de la sociedad participada.

PRÉSTAMO MERCANTIL

Reclamación de la cantidad pendiente de pago tras la entrega del vehículo financiado al acreedor y su venta a un tercero.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 03/10/2018. Rec. 3485/2017

El objeto de este asunto es determinar si es aplicable el art. 16.2.e) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (LVPBM), cuando el prestatario, al no poder hacer frente a las cuotas de amortización del préstamo, entrega voluntariamente al prestamista el bien para que lo venda y aplique el importe obtenido, hasta donde alcance, a satisfacer la deuda pendiente.

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

El TS sigue en este caso la doctrina sentada en la Sentencia 58/2018, donde se determina que el art. 16 LVPBM regula un procedimiento extrajudicial que permite al acreedor dirigirse directamente contra el bien adquirido a plazos y que consiste en una reclamación de pago notarial para que el deudor pague o entregue la posesión del bien. En este último caso, el acreedor puede adjudicarse directamente el bien o proceder a su ejecución en pública subasta con intervención notarial.

Añade en el apartado e) de este artículo que **la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación de la deuda restante si el valor del bien en el momento de su entrega es inferior a la deuda reclamada**. El TS establece que este artículo también **es aplicable en todos los casos en los que el deudor entrega los bienes al acreedor para su venta a un tercero**. La deuda se extingue por la cuantía correspondiente al valor del bien en el momento de la entrega conforme a las tablas de depreciación establecidas en el contrato y no por el importe del precio (menor) obtenido en la venta del bien a un tercero. Por ello, el TS estima parcialmente el recurso de casación y casa la sentencia recurrida en el extremo de fijar que el demandado debe pagar la cantidad que resulte de descontar de la suma adeudada el valor asignado al vehículo en la tabla establecida en el contrato en el momento en que se entregó el vehículo.

Concursal

Tribunal Supremo

LEGITIMACIÓN

Legitimación de la concursada para recurrir en apelación tras la apertura de la fase de liquidación durante la tramitación de la primera instancia.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 15/10/2018. Rec. 3833/2015

Las cuestión controvertida surge cuando, tras haber sido declarada en concurso de acreedores una entidad -y, por tanto, estando sujeta a intervención de la Administración concursal (AC)-, la propia entidad ejercitó una demanda frente a una entidad bancaria en la que pedía la nulidad de una adquisición a su nombre de participaciones preferentes de la segunda. En el momento de presentarse la demanda era de aplicación el art. 54.2 LC, al estar la concursada sujeta a un régimen de intervención y no de suspensión de facultades patrimoniales, por lo que gozaba de legitimación activa al contar con la autorización de la AC.

El **Juzgado de Primera Instancia** estimó en parte la demanda decretando la **nulidad de la adquisición de participaciones preferentes por la concursada** demandante y, posteriormente, la **AP Valencia** desestimó el recurso de apelación interpuesto por **falta de legitimación activa de la concursada**.

Teniendo en cuenta que para el TS el problema surge cuando, con posterioridad, durante la tramitación del procedimiento en primera instancia, el juez del concurso dicta auto de apertura de la fase de liquidación, el TS entiende que, respecto de los procedimientos iniciados después de la declaración de concurso por la concursada intervenida, con la preceptiva autorización de la AC, si al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia se hubiera acordado la suspensión de facultades patrimoniales como consecuencia de la apertura de la liquidación, la AC está legitimada para personarse e interesar la sustitución procesal de la concursada. Pero **mientras no lo haga, persiste la legitimación procesal de la concursada,**

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

sin perjuicio de que para recurrir en apelación deba contar con la autorización de la AC del art. 54.2 LC.

En el caso, como al tiempo de interponerse el recurso de apelación la AC no se había personado y sustituido procesalmente a la concursada, esta última seguía legitimada para actuar en el proceso sin perjuicio de la preceptiva autorización de la AC para recurrir en apelación. **Como el recurso fue interpuesto por la concursada con la autorización de la AC, quien pudiendo no hizo valer la sustitución procesal, el TS considera que estuvo correctamente interpuesto.** La concursada estaba legitimada para sostener el recurso, con la autorización de la administración concursal, mientras esta no le sustituyera procesalmente.

El TS estima el recurso de casación interpuesto y acuerda la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que con plenitud de cognición se pronuncie sobre el recurso de apelación.

Mientras la Administración concursal no se persone y solicite la sustitución procesal de la concursada, ésta sigue legitimada para continuar con el procedimiento, aunque para recurrir en apelación necesite la conformidad de la primera.

Administrativo

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

PROTECCIÓN DE DATOS

La investigación de un delito grave puede justificar el acceso de las autoridades nacionales a los datos personales de los afectados.

Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 02/10/2018. Asunto C-207/16

En el marco de un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Tarragona relativa a la denegación de acceso de la Policía Judicial a datos personales almacenados por proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez instructor presenta petición de decisión prejudicial cuyo objeto es, en esencia, la interpretación del **art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas** -también conocida como Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas-, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los hechos parten, concretamente, de la interposición de una denuncia por un particular ante la Policía por un robo con violencia, durante el cual resultó herido y le sustrajeron la cartera y el teléfono móvil, y de la denegación del juez instructor de la solicitud presentada ante él por la Policía Judicial para que se ordenase a diversos proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la transmisión de los números de teléfono activados, desde el 16 de febrero hasta el 27 de febrero de 2015, con el código relativo a la identidad internacional del equipo móvil ("código IME") del teléfono móvil sustraído, así como los datos personales o de filiación de los titulares o usuarios de los números de teléfono correspondientes a las tarjetas SIM activadas con dicho código, como su nombre, apellidos y, en su caso, dirección.

Ámbito legal (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Concluye el TJUE declarando que el art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE debe interpretarse en el sentido de que **el acceso de las autoridades públicas a los datos** que permiten **identificar** a los **titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído**, como los nombres, los apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares, constituye una **injerencia en los derechos fundamentales de estos**, consagrados en los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que **no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave.**

Tribunal Supremo

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El TS fija doctrina sobre la acreditación cuantitativa del estrechamiento de márgenes en una situación de dominio colectivo.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 09/10/2018. Rec. 4509/2017

En este asunto, la pretensión del recurso de casación que se enjuicia es que se revoque la Sentencia de la AN impugnada -confirmatoria de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)- que declara que no se ha acreditado la comisión por tres compañías de telecomunicaciones de una infracción tipificada en los **arts. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)**, al establecer este último que: **“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. (...)”.**

No obstante, la verdadera cuestión que se dilucida se centra en determinar si tales preceptos deben interpretarse en el sentido de si es, o no, preciso utilizar o aplicar algún test complementario o adicional distinto al test del operador igualmente eficiente para demostrar un comportamiento constitutivo de abuso de posición de dominio colectivo por estrechamiento o compresión de márgenes y demostrar sus efectos potencialmente excluyentes del mercado de un operador igualmente eficiente. Precisión ésta muy importante -en palabras del propio TS-, pues matiza la posibilidad de trasladar de manera mimética los criterios sobre test utilizables en supuestos de estrechamiento de márgenes fijados por la jurisprudencia europea, al haber sido elaborados en situaciones de posición de dominio individual.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto, confirma la SAN y, por tanto, la resolución de la CNMC por ser ajustada a Derecho, y **fija como doctrina jurisprudencial**, respecto de la **interpretación aplicativa** de los **arts. 2 LDC 2007 y 102 TFUE**, que **no resulta contrario** a tales preceptos **que la autoridad nacional de competencia utilice el test del operador igualmente eficiente y el test cruzado** como métodos de análisis complementarios para demostrar la existencia de una **práctica de abuso de posición de dominio por estrechamiento o compresión de márgenes en los supuestos de dominancia colectiva**, teniendo en cuenta las circunstancias particulares concluyentes en los mercados afectados, en cuanto **ambos métodos se revelan idóneos** para acreditar los efectos potencialmente restrictivos de la competencia.

Ámbito legal (cont.)

Tribunal Supremo

EXPROPIACIÓN FORZOSA

La Administración expropiante no puede desistir de la expropiación ya iniciada desde que se fije el justiprecio en vía administrativa.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 17/07/2018. Rec. 1517/2017

El objeto de este recurso consiste en determinar si la falta de utilización de una parte del terreno expropiado en la realización de la obra ya ejecutada y ya justipreciada puede considerarse falta de ocupación material y si esto permite declarar, sin más, el desistimiento del procedimiento expropiatorio al respecto.

El TS fija como **criterios interpretativos del art. 48 de la Ley de Expropiación Forzosa**, en relación con la potestad de **desistimiento del procedimiento de expropiación forzosa**, que el **momento** en virtud del cual **la Administración expropiante no puede desistir de la expropiación ya iniciada es el de la fijación del justiprecio en vía administrativa**, con independencia de que se impugne en vía contencioso-administrativa; si bien en los **supuestos** en que se proceda a la **ocupación real y efectiva de los bienes**, será **dicha fecha de ocupación** la que **imposibilitará el desistimiento** de la expropiación.

Partiendo de esta doctrina, el TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Galicia, que casa, anula y declara sin valor ni efecto alguno, y anulando la Resolución que desafectó un espacio de 216 m² de los 408 m² inicialmente expropiados para ampliar una carretera, por ser disconforme a Derecho, reconoce el **derecho de los recurrentes a la conclusión del procedimiento de expropiación iniciado** para la obra controvertida, con el **pago de la totalidad del justiprecio fijado en vía administrativa** así como a la **ocupación completa de la finca** objeto de expropiación.



Doctrina administrativa

Ámbito fiscal

Tribunal Económico-Administrativo Central

Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

El TEAC unifica criterio relativo al tipo de IVA aplicable a las obras de reparación de viviendas por siniestros asegurados.

Resolución del TEAC, de 25/09/2018. Rec. 3150/2018

La cuestión controvertida consiste en determinar **cuál es el tipo de gravamen de IVA, general o reducido**, aplicable a las obras de reparación realizadas en viviendas propiedad de personas físicas que las utilizan para su uso particular, cuando los siniestros que determinan la realización de tales obras son cubiertos por pólizas de seguro contratadas por dichos propietarios.

El TEAC **unifica criterio** señalando que lo primero que hay que determinar es **quién es el destinatario de las obras de reparación cubiertas por la póliza de seguro**, y en este sentido, lo será:

- La **persona física** que utiliza la vivienda para su uso particular cuando el modo de resarcimiento resultante de la póliza de seguro sea el pago de una indemnización por la compañía aseguradora una vez realizadas las peritaciones oportunas. El asegurado contrata en su propio nombre con la empresa de reparaciones y está obligado al pago de la contraprestación de los servicios de reparación, con independencia de quién sea la persona o entidad que efectúe el pago material de los mismos. El **tipo impositivo** será el **reducido** siempre que se cumplan el resto de requisitos del art. 91.Uno.2.10º LIVA.
- La **compañía aseguradora** cuando se sustituya la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado. Ello exige que el asegurado consienta dicha sustitución o que de la propia póliza de seguro se infiera que la prestación comprometida es exclusivamente la reparación o reposición del objeto dañado. La compañía aseguradora es la que contrata con la empresa de reparaciones, la que está obligada a efectuar el pago, la que paga materialmente y la destinataria de los servicios de reparación. En este caso el **tipo impositivo** será el **general**.

Ley General Tributaria (LGT) y procedimientos tributarios

Alcance de la responsabilidad solidaria cuando la Administración acepta la valoración dada por las partes a los bienes ocultos o transmitidos.

Resolución del TEAC, de 27/09/2018. Rec. 1515/2017

El TEAC, en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, resuelve la cuestión relativa a si en los casos en que la Administración Tributaria haya aceptado la valoración dada por las partes a los bienes o derechos ocultos o transmitidos entre el deudor principal y el responsable solidario, será el importe de esa valoración el que deba tenerse en cuenta para establecer el alcance que corresponda a la responsabilidad solidaria del art. 42.2. a) de la Ley 58/2003 (LGT) que se declare.

Ámbito fiscal (cont.)

Ley General Tributaria (LGT) y procedimientos tributarios

En el supuesto de hecho examinado la Administración Tributaria tomó como valor del inmueble ocultado/transmitido el que habían fijado las partes para una aportación no dineraria a una entidad vinculada, en la propia escritura de constitución. La Administración estaba de acuerdo con la valoración fijada por las partes, razón por la cual no realizó comprobación de valor alguno.

Así las cosas, el Tribunal Central considera que siendo la valoración del inmueble ocultado/transmitido una cuestión pacífica para la Administración y el interesado en el procedimiento de declaración de responsabilidad y en la propia vía económico-administrativa, no entraba dentro de las competencias revisoras del TEAR la determinación de aquélla. Ni el TEAR podía suplantar la voluntad de las partes para fijar el valor del inmueble ni podía invadir la competencia reconocida a la Administración de aceptar tal valor.

Contrariamente a lo que sostiene el TEAR, **la Administración no estaba obligada a tomar en consideración las posibles cargas y gravámenes que pudieran reducir el valor de los bienes**, circunstancias éstas que habrían de apreciarse, en su caso, si la Administración hubiera realizado una comprobación de valor, pero no si se limitó a aceptar el valor fijado por las partes a los bienes ocultados/transmitidos.

Por lo tanto, en los casos en que **la Administración tributaria haya aceptado la valoración dada por las partes a los bienes o derechos ocultados o transmitidos** entre el deudor principal y el responsable solidario, **tal importe debe ser el que determine el alcance que corresponda a la responsabilidad solidaria del art. 42.2 a) LGT que se declare**. El que los Tribunales Económico-Administrativos por iniciativa propia, modifiquen tal valor constituye una invasión de la competencia reconocida a la Administración, que está facultada para aceptarlo, sin obligación de realizar actuaciones de comprobación de valor.

Impuestos Especiales (IIEE)

Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas

Un incumplimiento formal no implica automáticamente la pérdida del derecho a una exención o un tipo reducido.

Resolución del TEAC, de 25/09/2018. Rec. 4616/2015

En esta resolución **el TEAC sigue el cambio de criterio adoptado por la STS de 27/02/2018 (Rec. 914/2017)** en la que el Alto Tribunal **corrige su jurisprudencia** sobre los incumplimientos formales en el ámbito de los impuestos especiales y su trascendencia, **para concluir que el mero incumplimiento de un requisito de carácter formal no puede acarrear la pérdida automática del derecho a aplicar una exención o un tipo reducido** si se acredita que los productos sometidos al mismo han sido destinados a los fines que establece la norma y que dan derecho a la ventaja fiscal.

La obtención de la devolución del impuesto soportado no se supedita a la comunicación de una previsión de alcohol, debiendo no obstante indicarse la cantidad de alcohol que se precisa para la obtención de cada unidad de producto. Por otro lado, señala el TEAC que el **obligado tributario** es quien **debe probar** que se han **cumplido las exigencias** de fondo necesarias para que los productos sean utilizados para fines que den derecho al beneficio fiscal. Por tanto, la pérdida del beneficio fiscal solo podrá producirse cuando los órganos de control, sobre la base de las pruebas aportadas, acrediten que los productos no han sido utilizados para los fines que dan derecho a exención o al tipo reducido.

Ámbito fiscal (cont.)

Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas

Concluye el TEAC anulando el acto administrativo impugnado por considerar que el **incumplimiento de las obligaciones formales** previstas en el art. 80 del Reglamento de Impuestos Especiales, **no justifica** -en este supuesto- **la exigencia de las devoluciones obtenidas** por la interesada, en la medida en que **se ha justificado que el uso del alcohol se ajustó a la memoria comunicada** por la misma al Departamento de Aduanas.

La pérdida del derecho a aplicar determinados beneficios fiscales (exención, tipo reducido) por incumplimiento de los requisitos formales fijados para su obtención no es automática.

Dirección General de Tributos

Impuesto sobre Sociedades (IS)

Estudio de la aplicación de la exención del art. 21 LIS en una reestructuración internacional de un grupo de consolidación fiscal.

Consulta Vinculante a la DGT V2196-18, de 24/07/2018

Se analiza si resulta aplicable la exención regulada en el art. 21.3 Ley 27/2014 (LIS) a la renta positiva generada por una entidad A -perteneciente a un grupo consolidado español que actúa como sociedad *holding* operativa desde la cual se dirigen y gestionan las diferentes divisiones y actividades del grupo a nivel internacional- en la transmisión de las participaciones sociales de la entidad M a un adquirente extranjero, subholding constituida algunos meses antes de la transmisión al efecto de facilitar la cancelación de todos los saldos intercompañías (inclusive los fiscales derivados de los grupos de Impuesto Sociedades e IVA) y permitir la distribución de los importes de tesorería disponibles generados por las sociedades operativas del grupo, así como consolidar fiscalmente parte de dicho subgrupo en España tras la venta.

La renta derivada de la transmisión por parte de A se corresponde con el incremento de valor imputable a las sociedades españolas de la división desde la fecha de la aportación de sus participaciones por la entidad A a la nueva entidad M, el 1 de diciembre de 2016, hasta la transmisión de las participaciones sociales de esta última, el 28 de abril de 2017.

Pues bien, la DGT responde que, **si bien la participación en la entidad M se transmite en un plazo inferior al año desde su constitución**, cabe indicar que **las participaciones en las entidades operativas por ella poseídas se detentan por el grupo al que pertenece desde el año 2010**; así, **aunque la entidad M es de nueva creación, la participación en las entidades participadas se ostenta desde 2010 por parte del grupo** mercantil, por lo que es razonable que pueda entenderse **cumplido el requisito** establecido en la letra a) del art. 21 LIS, en relación con el tiempo de tenencia de la participación. Y por tanto, en la medida en que se cumplan los requisitos de antigüedad y porcentaje de participación y el resto de requisitos previstos en el citado art. 21, será de aplicación la exención a la transmisión de las participaciones en la entidad M por parte de la entidad A.

Ámbito fiscal (cont.)

Impuesto sobre Sociedades (IS)

La distribución de prima de emisión puede beneficiarse de la exención del art. 21 LIS.

Consulta Vinculante a la DGT V2043-18, de 11/07/2018

Una **entidad A** (residente en Países Bajos, pero no sometida al régimen de transparencia fiscal internacional) es titular del 100% del capital social de otra **entidad B** (residente en España). La consultante, una **entidad holding C** ostenta el 100% de A. Además, la entidad consultante C y la entidad B tienen BINs importantes.

Ante la posibilidad de realizar tanto una **distribución de prima de emisión por A** entregando a la consultante C el 100% de la participación en B (de manera que la consultante pasa a ser el titular directo del 100% de B, y todo ello por el valor de mercado de B) como, **simultáneamente, una fusión por absorción de la sociedad íntegramente participada** (en virtud de la cual C absorberá a B), la DGT realiza las siguientes afirmaciones:

- Respecto a la operación de distribución de prima de emisión, como dicha operación implicaría que la entidad española **integrase en su base imponible la diferencia positiva** entre el valor de mercado de los elementos recibidos y el valor fiscal en la sociedad que realiza la distribución, es posible aplicar la **exención por doble imposición del art. 21 LIS**, en relación con el exceso del importe percibido sobre el valor de la participación. Teniendo en cuenta que la distribución de la prima de emisión se asimila al tratamiento fiscal procedente a una reducción de capital con devolución de aportaciones, dicha renta se debe entender asimilada a la renta derivada de la transmisión de participaciones.
- Por otro lado, la operación de fusión por absorción podría acogerse al régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS en las condiciones y requisitos exigidos, si dicha operación se realiza en el ámbito mercantil bajo la Ley 3/2009, de 3 de abril, y ello sin que el hecho de que las sociedades que participan en la operación de reestructuración posean BINs pendientes de compensar invalide la aplicación de tal régimen, en la medida en que la operación planteada refuerce y mejore la situación patrimonial de la entidad resultante de la fusión.

La distribución de la prima de emisión puede beneficiarse de la exención de doble imposición del art. 21 LIS porque se trata de una renta asimilable a la transmisión de participaciones.

ETVE que acumula en su patrimonio dividendos percibidos que no han tributado por exención. Consideración de sociedad patrimonial.

Consulta Vinculante a la DGT V2262-18, de 27/07/2018

Como es sabido, entre los requisitos que se exigen para poder aplicar el régimen fiscal de las ETVEs se encuentra la prohibición de que estas entidades tengan la consideración de entidades patrimoniales, entendidas como aquellas en las que más de la mitad de su activo está constituido por valores o no está afecto a una actividad económica atendiendo a la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad.

Ámbito fiscal (cont.)

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

En relación con dicho requisito la DGT determina que la **tesorería** así como las **inversiones financieras** acumuladas por una entidad **correspondientes a los dividendos percibidos de las sociedades en las que participa**, se consideran como **elementos no afectos** a la hora de determinar si la entidad tiene o no la consideración de entidad patrimonial y por tanto excluida del régimen. La razón es que la tesorería y las inversiones financieras no se tienen con la finalidad de dirigir y gestionar la participación sino que son pasivas en la medida en que proceden de dividendos de sus participadas.

Reducción de capital por compra de participaciones para amortización. Reglas para determinar la ganancia o pérdida patrimonial.

Consulta Vinculante a la DGT V1974-18, de 02/07/2018

El consultante era socio de una sociedad limitada que ha procedido a formalizar una operación de reducción de capital. En virtud de dicha operación, la sociedad ha adquirido la totalidad de las participaciones sociales del consultante para su amortización, entregando a cambio de las mismas dos bienes (un vehículo y un inmueble) y una cantidad en metálico.

En relación con el tratamiento de dichas operaciones en el IRPF del consultante, la DGT considera que al afectar dichas operaciones a la totalidad de las participaciones del consultante le resultarán de aplicación a la venta de participaciones por el consultante a la sociedad **las reglas establecidas para la separación de socios** en el art. 37.1 e) de la Ley del Impuesto, que determina que se genere una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de la cuota de liquidación social o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)

Tratamiento bajo CDIs de las indemnizaciones pagadas por una empresa española a trabajadores no residentes desplazados en el extranjero.

Consulta Vinculante a la DGT V2188-18, de 23/07/2018

En esta ocasión la DGT analiza el tratamiento fiscal de las cuantías indemnizatorias satisfechas por una entidad española con ocasión de la extinción de la relación laboral de empleados desplazados en el extranjero.

Conforme al Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE) las cantidades satisfechas por este concepto deberán tributar en el Estado de residencia del empleado, salvo que el trabajo se haya desarrollado en otro Estado, en cuyo caso este último también podrá gravarlas; así, si el trabajador es no residente en España y la actividad ha sido desarrollada en su territorio, las indemnizaciones que perciba el empleado tras su cese estarán sujetas a tributación en España por el IRNR tan solo en el caso de que deriven del trabajo realizado en España y sin perjuicio de que tales rendimientos estén también sujetos a tributación en el país de residencia, en cuyo caso le corresponderá a ese Estado la eliminación de la doble imposición que se pudiera generar.

Por otro lado, a los no residentes les resulta de aplicación el catálogo de rentas exentas que la LIRPF regula para los residentes, por lo que también se encontrará exenta para el empleado no residente la indemnización por despido improcedente o el basado en causas objetivas, cuando cumpla los requisitos establecidos en el art. 7 e) LIRPF.

Ámbito fiscal (cont.)

Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)

Para el **cálculo de la indemnización**, y de nuevo siguiendo al MCOODE, se deberá **atender al tiempo y lugar del trabajo prestado** y, por tanto, **repartir la indemnización proporcionalmente entre los países en que se haya ejercido dicho empleo**.

Por lo que tiene que ver con los **ceses de mutuo acuerdo**, deberá estarse a **lo pactado válidamente entre las partes** y en la medida en que la indemnización se concrete en función del tiempo trabajado para la entidad, de igual manera que en los casos anteriores, deberá repartirse la indemnización proporcionalmente entre los países en que se haya ejercido dicho empleo, sin tener en cuenta, por tanto, si el contrato se ha suscrito o no en territorio español.

Finalmente, **el impuesto correspondiente a las retribuciones no exentas se devengará cuando sean exigibles o en el momento de su cobro si este fuera anterior**. Así, cuando se prevé la opción de un pago único en el momento de la extinción del contrato de trabajo, si el empleado es un no residente, se devengará el impuesto en la medida en que parte de dicha indemnización se derive de un trabajo realizado en España. Y en el caso de que la indemnización dé lugar al pago de rentas mensuales durante un periodo, si el empleado es no residente en el momento en que sean exigibles y se derivan de un trabajo realizado en España, también se producirá el devengo, salvo que el ex empleado haya regresado a España, en cuyo caso tributaría aquí por su renta mundial, con independencia de dónde se hayan producido sus rentas, por lo que tributaría en el IRPF por la totalidad de la indemnización percibida.

Ámbito legal

Dirección General de los Registros y del Notariado

Registro Mercantil

Objeto social con actividades del código CNAE.

Resolución de la DGRN de 09/10/2018

Se analiza en esta resolución el art. 2 de unos Estatutos sociales que incluyen una larga lista (más de 12 páginas) de actividades reseñadas mediante el código correspondiente según la CNAE y descritas en la forma indicada en dicha clasificación.

El registrador suspende la inscripción de algunas de esas actividades al considerar que requieren para su ejercicio el sometimiento a normativa especial de muy diverso ámbito: bien al propio de las sociedades profesionales, bien al necesario para el ejercicio de actividades sindicales, religiosas y políticas, y en general de determinadas organizaciones profesionales. Se excluyen, por otra parte, actividades reservadas a los poderes públicos y formuladas en términos genéricos como son: asuntos exteriores, defensa, justicia, orden público y seguridad, protección civil y seguridad social obligatoria. Por otro lado, se ha denegado la inscripción de aquellas actividades que, por su generalidad, no constituyen propiamente una actividad susceptible de constituir un objeto social.

La DGRN considera que como expresa el registrador en su calificación, algunas de las actividades incluidas en el objeto social (las “*actividades jurídicas, actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal, servicios técnicos de arquitectura, de ingeniería, educación, medicina, odontología*”) son actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, por lo que entran dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación. Y del título calificado no resulta esta circunstancia.

Por lo que la DGRN estima parcialmente el recurso, únicamente respecto de las actividades de programación y consultoría informática, así como respecto de la denegación de “*la inscripción de aquellas actividades que, por su generalidad, no constituyen propiamente una actividad susceptible de constituir un objeto social*”, y desestima el recurso en todo lo restante.

Aumento de capital por compensación de créditos.

Resolución de la DGRN de 25/10/2018

Es objeto de este expediente la inscripción de una escritura pública de ampliación de capital por compensación de créditos a la que se acompaña el acta notarial de la junta celebrada, por los siguientes motivos: (i) la convocatoria no se ha realizado correctamente por cuanto se ha notificado al administrador de la sociedad que es socio y no propiamente a dicha sociedad y no resulta el acuse de recibo; (ii) el orden del día carece de la debida claridad al referirse genéricamente al aumento de capital por creación de nuevas participaciones; (iii) no consta el medio por el que se notificó al socio ausente la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente; y (iv) la aportación de determinado crédito no cubre la cantidad de capital social por no corresponder su cuantía a la totalidad de este. Además, se añade que las fechas de los créditos que se compensan no constan debidamente señaladas.

Ámbito legal (cont.)

Registro Mercantil

En relación al primer defecto señalado, como ha reiterado este Centro, la previsión estatutaria sobre la **forma de convocatoria de la Junta general** debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. Del artículo de los estatutos sociales resulta indiscutible el requisito de que la convocatoria se lleve a cabo mediante notificación individual al socio por medio de correo certificado con acuse de recibo. No resulta de la documentación aportada dicho acuse por lo que el defecto debe ser confirmado.

Respecto al segundo defecto, relativo al **contenido de la convocatoria de Junta general**, en concreto se refiere al acuerdo a cuya adopción se llama a los socios: *"el aumento de capital con emisión de nuevas participaciones"*, así como las especificaciones precisas para el ejercicio del derecho de información por parte de los socios llamados. Incluso contiene una referencia al art. 308 LSC relativo a la exclusión del derecho de suscripción preferente pese a que del contenido del informe de los administradores se hacía su expresa reserva a favor del socio que no resultaba acreedor de la sociedad. Efectivamente, tanto del informe de los administradores como del contenido de los acuerdos adoptados resulta dicha reserva a pesar de que la operación de aumento se preveía por compensación de los créditos que tres de los cuatro socios ostentaban contra la sociedad. No procede en consecuencia la confirmación del defecto pues **la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos no tenía por qué comprometer la situación del otro socio en la sociedad al reconocérsele expresamente la posibilidad de suscribir capital equivalente a su participación en la sociedad.**

Por lo que al tercer defecto se refiere, debe ser objeto de confirmación pues de la documentación presentada **no resulta que los administradores hayan llevado a cabo acción alguna que haya permitido al socio ausente el ejercicio de su derecho de asunción preferente.**

Por último, en relación al cuarto defecto, el recurso debe prosperar pues del informe de los administradores presentado para completar el primero **resulta con total claridad que los préstamos objeto de compensación fueron realizados mediante el ingreso en la cuenta corriente de la sociedad en fechas concretas y determinadas que se especifican debidamente.**



kpmg.es



© 2018 KPMG Abogados S.L.P. sociedad española de responsabilidad limitada profesional y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.

KPMG y el logotipo de KPMG son marcas registradas de KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza.