



BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS

b-today

Diciembre 2020

Bilbao
Madrid
Barcelona
San Sebastián
Sevilla
Vigo
Málaga
International Desk

— Página 3 —

DIVISIÓN FISCAL

**EL PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO
GENERALES DE 2021: LA ELIMINACIÓN DE LA
EXENCIÓN TOTAL SOBRE DIVIDENDOS Y RENTAS
POSITIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE VALORES**

IÑIGO LEGARRETA ARTARAZ

— Página 4 —

DIVISIÓN PENAL

**NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

ÁLVARO DE LA RICA LIZARRAGA

— Página 6 —

DIVISIÓN INMOBILIARIO

**31 DE ENERO DE 2021, FECHA CLAVE PARA EL APOYO Y
LA PROTECCIÓN DE LOS ARRENDATARIOS, PERO ¿Y LOS
ARRENDADORES?**

YARA REMENTERIA BONFIM

— Página 8 —

DIVISIÓN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**NUEVAMENTE EL SUPREMO SE PRONUNCIA SOBRE LA
RETRIBUCIÓN VARIABLE DEL DIRECTIVO**

LUCÍA ROJO MARTÍNEZ

— Página 10 —

DIVISIÓN INTERNACIONAL

**EL RETO INDUSTRIAL, TECNOLÓGICO, VERDE Y DIGITAL
DE EUROPA**

ANNE AZPIAZU BASCARAN

— Página 11 —

DIVISIÓN MERCANTIL

LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS MAC

MARINA MOLINA ELEZ

EL PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO GENERALES DE 2021: LA ELIMINACIÓN DE LA EXENCIÓN TOTAL SOBRE DIVIDENDOS Y RENTAS POSITIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE VALORES

IÑIGO LEGARRETA ARTARAZ

El 30 de octubre de 2020 se publicaba en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el texto del Proyecto de Ley de Presupuesto Generales del Estado para el año 2021. Han sido varias las propuestas en materia tributaria contenidas en el texto del Proyecto si bien, una de las más importantes ha sido la de la eliminación de la exención total sobre dividendos y ganancias obtenidas de la transmisión de participaciones.

Hasta ahora, siempre que concurriesen una serie de requisitos, los dividendos repartidos entre sociedades o las rentas positivas derivadas de la transmisión de participaciones estaban exentos al 100%, siendo un beneficio que no tributaba por la sociedad receptora del mismo. El Proyecto limita la posibilidad de que esta exención sea total, permitiendo la misma únicamente sobre el 95% del importe de los dividendos o ganancias derivadas de la transmisión de valores. Dicha modificación trae causa de que los gastos de gestión referidos a tales participaciones no son deducibles del beneficio imponible del contribuyente, fijándose que su cuantía sea del 5% del dividendo o renta positiva obtenida.

La aplicación práctica por ejemplo en los repartos de dividendos será que cada reparto interno que se realice entre las sociedades filiales tributará en un 1,25% del reparto. Pero este porcentaje podría pagarse varias veces si hay una cascada de sociedades desde la matriz, amplificando la tributación de la operación interna. Además, habría que tener en cuenta que cuando se produjese el reparto final al socio persona física, tributaría además según los tipos de la base del ahorro del I.R.P.F.

La posibilidad del endurecimiento fiscal que lo anterior supondría está llevando a muchas compañías a reflexionar sobre las estructuras societarias actuales. En la medida en que un dividendo de una filial tributaría tantas veces como filiales haya hasta el holding, el estudio se basará en la simplificación de las estructuras societarias, de forma que existan menos filiales

hasta llegar a la sociedad holding. Ahora bien, las reestructuraciones societarias que se pretendan realizar (por ejemplo, una fusión) deberán responder a motivos económicos válidos para que no exista tributación alguna y puedan acogerse a "neutralidad fiscal". O dicho de otro modo, la reestructuración societaria tendrá que tener un fin que no sea el mero ahorro fiscal. Por lo que, la simplificación de la estructura societaria deberá ser también objeto de profundo estudio.

Por tanto, ante la posible modificación expuesta anteriormente, es necesario emprender una revisión profunda en el siguiente orden de prioridades:

- Estudio del reparto de dividendos de las sociedades filiales a la sociedad holding que debería llevarse a cabo cuanto antes y en todo caso antes del 31 de diciembre de 2020.
- Estudio de la estructura societaria del grupo y reflexión sobre la simplificación de las sociedades que lo componen a fin de eliminar "escalones" entre las filiales y la sociedad holding minimizando el efecto de la tributación del 5% en cada uno de los repartos.
- Relacionado con lo anterior, estudio de las contingencias derivadas de las operaciones de reestructuración societaria pretendidas (motivos económicos válidos) para que estas pudieran acogerse a "neutralidad fiscal".

El Gobierno espera terminar con la tramitación de la Ley de Presupuestos de 2021 el 29 de diciembre, fecha en la que espera que se aprueben en el pleno del Congreso de los Diputados. No obstante, se desconoce por el momento si el Proyecto saldrá adelante y ante tal incertidumbre, es de vital importancia realizar una planificación fiscal personalizada y determinar la tributación a la que se enfrentaría cada cliente. En función de las conclusiones obtenidas en dicha planificación se plantearían soluciones que minimizasen al máximo la carga impositiva.

AUTOR

Iñigo Legarreta Artaraz

Licenciado en derecho por la Universidad de Deusto, máster en asesoría fiscal por la Cámara de Comercio de Bilbao, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

i.legarreta@barrilero.es

LinkedIn

NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ÁLVARO DE LA RICA LIZARRAGA

El pasado día 18 de noviembre el Ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, anunció en el Congreso de los Diputados que en las próximas semanas se sometería a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Tan sólo seis días después, el día 24 de noviembre, el propio Ministro anunció que el Consejo de Ministros había aprobado el anteproyecto de ley de la nueva LECrim para adaptar la normativa española a las exigencias de la Fiscalía europea, aunque también por “coherencia constitucional”.

El trabajo para la elaboración de esta nueva LECrim concluyó en el mes de septiembre y partió como base del anteproyecto que elaboró el anterior gobierno del PSOE en el año 2011.

El papel del Ministerio Fiscal y el Juez de Garantías

Dentro de las novedades más relevantes que introduciría esta nueva regulación del procedimiento penal destaca una redistribución de las funciones que asumen en la fase de instrucción el Ministerio Fiscal y el Juez. Según establece el anteproyecto, esta primera fase de investigación estaría dirigida por el Fiscal, el cual sería el encargado de desarrollarla “sin estar sometido en modo alguno a la tutela del Juez”, que se convertiría en un Juez de Garantías cuya actuación como un tercero imparcial se centraría en velar por los derechos fundamentales que asisten a las partes. El nuevo anteproyecto de la ley penal señala que de las resoluciones que puede adoptar este Juez de Garantías solo serían recurribles los autos de sobreseimiento y aquellos que resuelvan sobre las medidas cautelares.

El Juez de Audiencia Preliminar

Otra novedad importante en lo que respecta a la estructura del procedimiento penal tal y como lo conocemos hasta ahora es la incorporación de la figura del Juez de Audiencia Preliminar, que tendrá un papel fundamental en la fase intermedia. Tras la instrucción, un magistrado de la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia sería quien recibiera los escritos de acusación y defensa y valoraría entonces si procede o no la apertura del juicio oral, en cuyo desarrollo no intervendría en ningún caso. Hasta el momento es el Juez de Instrucción el que se ocupa de esta función.

El trabajo para la elaboración de esta nueva LECrim concluyó en el mes de septiembre y partió como base del anteproyecto que elaboró el anterior gobierno del PSOE en el año 2011.

Supresión del sistema de plazos máximos de instrucción

No menos trascendente resulta la supresión del controvertido sistema de los plazos máximos de instrucción, introducido en la reforma del año 2015 y modificado recientemente por la Ley 2/2020, de 27 de julio, que dio una nueva regulación al artículo 324 de la LECrim, y ampliaba de 6 a 12 meses el plazo máximo de instrucción de las causas penales con la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas. Pues bien, esta nueva regulación propone terminar con este sistema de plazos máximos de instrucción, introduciendo un sistema de control que permita denunciar dilaciones indebidas ante el Juez de Garantías.

Las acusaciones y las comunicaciones con los medios

La nueva regulación apuesta por prohibir el ejercicio de la acción popular a los partidos políticos y sindicatos. Además, con respecto a esta figura, el nuevo texto establece que será el Juez de Garantías el encargado de determinar si quien pretende ejercer la acción popular tiene un vínculo suficientemente relevante con el interés público para defenderlo en el proceso. El objetivo, según informa el Ministerio, es evitar que estas personaciones se utilicen con “intereses ajenos a los fines del proceso” o que los procedimientos penales acaben siendo politizados.

Por otro lado, el anteproyecto establece que la participación de las acusaciones particulares en el proceso no les otorga automáticamente la condición de parte en el trámite de ejecución, que se configura como un “procedimiento separado y con entidad propia”, independiente al proceso principal.

pal. Las acusaciones tendrán que volver a comparecer en este trámite, y en el mismo sentido se concede a la víctima no personada en el proceso la “oportunidad de intervenir como parte personada” en el procedimiento de la ejecutoria, además de que sea oída personalmente.

Otra de las novedades que queremos destacar es la regulación de las comunicaciones en prensa de las noticias de corte jurídico que, según anunció el Ministro, buscará evitar las “graves penas de banquillo” que se producen a causa de las filtraciones. Este control de las informaciones publicadas en prensa sobre procesos penales pretende establecer limitaciones para proteger no sólo el honor de los investigados en los grandes procedimientos de tinte más mediático, sino también la intimidad de víctimas menores de edad. Igualmente afectarán estas limitaciones a intervinientes de causas penales como testigos o peritos, y se pretende limitar la difusión de imágenes a menos que se trate de un hecho «socialmente relevante».

Una vez aprobado el anteproyecto de la nueva LE-Crim por el Consejo de Ministros, se abre ahora un periodo de consultas con expertos y operadores jurídicos de diversa índole destinado a mejorar el texto de cara a someterlo a su aprobación parlamentaria, de cuyo resultado estaremos muy pendientes y daremos oportunas cuentas.

AUTOR

Álvaro de la Rica Lizarraga

Graduado en derecho por la Universidad de Navarra, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

31 DE ENERO DE 2021, FECHA CLAVE PARA EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LOS ARRENDATARIOS, PERO ¿Y LOS ARRENDADORES?

YARA REMENTERIA BONFIM

Desde el mes de marzo y a lo largo del año se han dictado varias normas a fin de paliar la situación de crisis sanitaria que, entre otros ámbitos, ha afectado a los contratos de arrendamiento. Desde la aparición de la pandemia, la primera norma que se dictó que trataba esta cuestión fue el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, el cual establece una serie de medidas de flexibilización de los contratos de arrendamiento.

Desde entonces se han ido aprobando diferentes medidas de apoyo y protección de los arrendatarios que incurran en situación de vulnerabilidad por causa de circunstancias sobrevenidas derivadas de la pandemia.

Dada la persistencia de la situación de crisis sanitaria, el último Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, ha convertido la fecha de 31 de enero de 2021 en una fecha a tener muy presente, ya que ciertas medidas de protección de los arrendamientos que se han adoptado a lo largo de este año se han ampliado hasta la citada fecha.

Las principales medidas adoptadas a nivel nacional –ya que a niveles inferiores también se han tomado cartas en el asunto– y que se han visto ampliadas este último mes de septiembre son las siguientes:

Suspensión de procedimientos de desahucio y de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

En el mes de marzo se previó la medida de suspensión extraordinaria, por un periodo máximo de 6 meses (venciendo hasta entonces el 2 de octubre de 2020), de los procedimientos de desahucio y de los lanzamientos para aquellos hogares vulnerables sin alternativa habitacional. Actualmente,

este plazo por medio del citado Real Decreto-ley 30/2020, se ha visto ampliado hasta la fecha de 31 de enero de 2021.

En lo que a esto respecta, recientemente se ha presentado una enmienda parcial conjunta a los Presupuestos Generales del Estado para incluir un mecanismo que prohíba los desahucios a familias en situación de vulnerabilidad y sin alternativa habitacional y el corte de suministros básicos hasta diciembre de 2022.

Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento por un periodo de 6 meses

Los contratos de arrendamiento de vivienda que finalicen hasta el 31 de enero de 2021 y que no tengan derecho a prórroga forzosa o voluntaria, siempre y cuando el propietario no necesite la vivienda para sí o sus familiares, podrá, previa solicitud del arrendatario, acogerse a la prórroga extraordinaria del contrato por un plazo máximo de 6 meses; eso sí, deberá hacerlo en las mismas condiciones pactadas en el contrato en vigor, salvo acuerdo distinto entre las partes. Antes del Real Decreto-ley 30/2020, la posibilidad de solicitar esta prórroga extraordinaria se extendía hasta el 30 de septiembre de 2020. Se trata de una medida que, realmente, no se halla vinculada a una situación de vulnerabilidad del arrendatario ya que lo puede solicitar cualquier arrendatario cuyo contrato finalice hasta la fecha citada, a excepción de que el arrendador necesite la vivienda para sí o sus familiares.

Moratoria o condonación parcial de la renta y pago de la renta con aval del Estado

La posibilidad de solicitar la moratoria o condonación parcial de la renta posiblemente sea, entre las medidas que se han mencionado, la que más variaciones ha sufrido hasta la fecha. Actualmente, tras la aprobación del tan citado Real Decreto-

ley 30/2020, se ha extendido hasta el 31 de enero de 2021 la posibilidad de solicitar una moratoria o condonación parcial de la renta, siempre y cuando el arrendador sea un gran tenedor o entidad pública –hasta el mes de julio se podía solicitar la misma incluso si el arrendador era un pequeño propietario.

Lo que se puede solicitar concretamente es una condonación del 50% de la renta o el pago aplazado de la deuda durante 3 años, correspondiendo al propietario la elección de una u otra alternativa.

Por otro lado, se ha implementado un programa de ayudas transitorias de financiación a personas arrendatarias con aval del Estado. De esta forma, el Estado avala a personas en situación de vulnerabilidad a fin de que las entidades bancarias les ofrezcan financiación con una devolución de los préstamos de alquiler por un plazo máximo de 6 años prorrogable excepcionalmente por otros 4 años.

Situación de los pequeños arrendadores

En España, en el 85% de los arrendamientos de vivienda el propietario es una persona física –pequeño propietario–, por lo que, no debiera presumirse que los arrendadores, por norma general, sean personas con una gran capacidad económica; es más, lo habitual es que los ingresos generados por la renta del alquiler sean esenciales para mantener la economía de estos pequeños propietarios.

No cabe duda de que las medidas adoptadas, tanto en el plano estatal como en planos inferiores, habida cuenta de las circunstancias que nos rodean, son del todo necesarias. Ahora bien, la mayor parte de las medidas que se han adoptado están destinadas a la protección de los arrendatarios como único colectivo vulnerable a fin implementar un “equilibrio” entre arrendador y arrendatario.

Por ello, es conveniente recordar:

- I que, como hemos indicado con anterioridad, la mayoría de los propietarios de las viviendas arrendadas son particulares que dependen muchas veces de los ingresos generados por las rentas;
- II que en ningún caso estas normas pueden ir en contra del espíritu de equilibrio contractual y de compensación inter-partes que establece la norma de la que emanan todos estos Reales Decretos-ley: el Código Civil.

Teniendo en cuenta que la situación de crisis sanitaria parece lejos de terminarse, seguirán teniendo que adoptarse medidas para implementar un equilibrio real entre arrendador y arrendatario y las futuras normas habrán de tener en cuenta que tanto unos como otros son colectivos potencialmente vulnerables.

AUTORA

Yara Rementería Bonfim

Graduada en derecho por la Universidad del País Vasco, máster de acceso a la abogacía por la Universidad de Deusto y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, es miembro de la división de derecho administrativo de Bufete Barrilero y Asociados.

y.rementeria@barrilero.es
LinkedIn

NUEVAMENTE EL SUPREMO SE PRONUNCIA SOBRE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DEL DIRECTIVO

LUCÍA ROJO MARTÍNEZ

— APARTADO 1 —

Nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de retribución variable

La retribución variable de los directivos es una de las materias del ámbito laboral que mayor litigiosidad generan ante los tribunales. Es evidente la dispersión existente, dada la concurrencia de sentencias contradictorias que únicamente provocan inseguridad jurídica.

Recientemente, ha habido una nueva resolución jurisprudencial en relación al derecho a percibir la retribución variable. Esta vez ha sido el Tribunal Supremo (“TS”) en la sentencia núm. 934/2020 de 22 octubre de 2020, el que se ha pronunciado para unificar doctrina. La cuestión controvertida que se le ha planteado al Alto Tribunal consiste en determinar si una retribución variable pactada por la empresa y las secciones sindicales, que se calcula con base en los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada año y exige estar en situación de alta en la empresa en dicha fecha, debe abonarse, en proporción al tiempo trabajado, a un trabajador que cesa voluntariamente antes de fin de año.

En esta sentencia, el TS considera que el trabajador al haber causado baja voluntaria antes del 31 de diciembre no tiene derecho a percibir la retribución variable, en tanto en cuanto no ha cumplido con uno de los requisitos pactados expresamente en el acuerdo firmado. El requisito establecía lo siguiente “será necesario estar en situación de alta en la Entidad a fecha 31 de diciembre del ejercicio valorado”

— APARTADO 2 —

Fundamentos del Tribunal Supremo para considerar válido el impago del bonus

Acuerdo laboral pactado por la empresa, secciones sindicales y trabajador incluye una cláusula que

permite al trabajador beneficiarse de una retribución variable. La fórmula que el acuerdo establece para que se produzca el derecho a cobrar la retribución variable, se calcula en base a los objetivos alcanzados a 31 de diciembre de cada año, siendo necesario, la superación satisfactoria de una serie de objetivos. No obstante, el cobro de la retribución variable no se devengará de forma automática; sino que, es necesario que concurren varios requisitos. En este sentido, el acuerdo establece la obligatoriedad de que el trabajador se encuentre en situación de alta en la Compañía a fecha de 31 de diciembre del correspondiente ejercicio, por ser este el momento de devengo.

Obligación de permanencia en la empresa establecida como requisito indispensable para que el trabajador devengue la retribución variable, no se puede considerar como una condición abusiva, en tanto en cuanto las sentencias que se han utilizado para justificar dicha cláusula como abusiva, no se ajustan al caso concreto, pues en el caso enjuiciado se ha establecido una condición expresa consistente en la exigencia de estar de alta en la empresa en fecha de 31 de diciembre del ejercicio valorado para que surta efectos la fórmula utilizada para el cálculo del complemento variable.

Retribución variable en manos de la empresa es uno de los razonamientos por el cual la parte actora considera ilícito el acuerdo mencionado anteriormente. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que esta cláusula cumple con lo establecido en el 1256 del Código Civil “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, siempre que el trabajador permanezca en la empresa a día 31 de diciembre del año de su devengo, y se cumplan los objetivos estipulados por la empresa, podrá recibir el plus en cuestión. Por tanto, si el trabajador decide de forma voluntaria causar baja con carácter previo a la fecha en cuestión, y por tanto incumplir con el requisito establecido en el acuerdo, no podrá devengar el complemento, sin que ese incumplimiento pueda ser imputable a la voluntad unilateral de la empresa.

Enriquecimiento injusto de la empresa, no es de aplicación la doctrina del enriquecimiento injusto al presente caso, pues existe un contrato que fundamenta el desplazamiento patrimonial. Igualmente, no es ilegal que se establezca una retribución variable que supere el salario mínimo pactado en la norma colectiva, supeditada a la permanencia del trabajador hasta el día final del periodo de su devengo.

Derecho a percibir la retribución pactada mientras dure la prestación del servicio. El TS considera que la empresa ha abonado la retribución pactada por las partes, en cumplimiento del artículo 4.2 f) del Estatuto de los Trabajadores y ello en base a que no puede reclamarse un complemento salarial cuando no se ha cumplido con los requisitos pactados en el acuerdo.

— Conclusión —

En esta ocasión, el Tribunal Supremo considera que no debe pagarse el variable al directivo que deja la empresa por su propia voluntad, siempre que el pago de dicha cantidad esté supeditada al cumplimiento de alguna condición. No obstante, sí que procedería el pago de la retribución variable en el caso de extinción del contrato de trabajo antes del 31 de diciembre por causas ajenas al directivo esto es, muerte, jubilación o incapacidad permanente.

AUTORA

Lucía Rojo Martínez

Graduada en Derecho por la Universidad de Cantabria, Máster de Acceso a la Abogacía y Asesoría Jurídica de la Empresa por el Centro de Estudios Garrigues, es miembro de la división laboral de Bufete Barrilero y Asociados

l.rojo@barrilero.es
LinkedIn

EL RETO INDUSTRIAL, TECNOLÓGICO, VERDE Y DIGITAL DE EUROPA

ANNE AZPIAZU BASCARAN

Europa fue el origen de la industria en el mundo hace ya dos siglos. Sin embargo, especialmente en las últimas décadas, hemos perdido posición estratégica frente a EE. UU. y China fundamentalmente. Por ello, si queremos recuperar posiciones y convertirnos en un referente para el mundo deberemos correr y adaptarnos a las nuevas realidades y retos que afrontamos.

En marzo de este año, la Comisión Europea presentó una nueva Estrategia Industrial Europea, con el fin de alcanzar una Europa ecológica, digital y competitiva a escala mundial. A través del Pacto Verde Europeo se trataba de conseguir que la Unión sea una economía sostenible, impulsando un uso eficiente de los recursos mediante la transición hacia una economía limpia, impulsando la biodiversidad y la reducción de la contaminación. Asimismo, se ponía el foco en la transformación digital que repercuta en beneficio de todos y refleje los valores europeos. Por esta razón, los objetivos eran contar con una tecnología que redundara en beneficio de las personas; una economía justa y competitiva y una sociedad abierta, democrática y sostenible.

La industria europea supone el 20 % del valor añadido total de la UE, 35 millones de puestos de trabajo y el 80 % de sus exportaciones.

Este pasado 25 de noviembre, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión que revisase los acuerdos de marzo a raíz del impacto generado por el COVID-19. La Pandemia ha incrementado sustancialmente la conciencia medioambiental y, además, la economía verde se configura como un sector con un enorme potencial de crecimiento en los próximos años. Al mismo tiempo, la apuesta del nuevo Presidente electo en USA Joe Biden sobre el "Next Green Deal" con una previsión de gasto federal de 500.000 millones de dólares anuales (cerca de un 2,5 % del PIB norteamericano), supone más presión a Europa a la hora de lograr una posición industrial preponderante en el mundo.

En definitiva, la definición de una nueva Estrategia Industrial Europea constituye un reto y a la vez una

oportunidad. Sin embargo, es evidente que el COVID-19 y sus consecuencias han generado una crisis sin precedentes en Europa por lo que, más que nunca, es necesaria una solución colectiva y coordinada. Si bien todos los sectores de la economía y en especial las PYMES se han visto seriamente afectadas por la crisis, una recuperación rápida y justa no llegará si no se introducen cambios.

Por lo tanto, la Estrategia Industrial Europea debe comenzar afrontando la recuperación industrial y la competitividad a largo plazo. Por consiguiente, son necesarias: recuperación; reconstrucción y resiliencia. Es necesario que esta Estrategia Industrial aborde las tres fases, a la vez que se centre en una transición ecológica, digital, justa y equitativa que refuerce la soberanía de la Unión y su autonomía estratégica.

España y Europa tienen ahora una enorme oportunidad para transformar sus economías si somos capaces de utilizar bien los recursos disponibles a través del Fondo Europeo de Recuperación.

Paralelamente, son necesarias políticas específicas de ayudas estatales a los sectores que más han sufrido con la Pandemia, en especial: las industrias automovilística, turística, aeronáutica, siderúrgica y metalúrgica. En la misma línea, es importante que las ayudas del programa NG EU lleguen a las PYMES de una manera generosa.

A la espera del nuevo papel de EEUU en el mundo, es posible que la crisis del COVID genere un mayor nacionalismo económico y proteccionismo. Este es el gran desafío para Europa en los próximos años. De nuestro éxito dependerá que seamos capaces (o no) de encontrar nuestro sitio en la nueva geopolítica global, porque necesitamos buscar una posición en el mundo junto a USA y China.

En una Europa compleja y difícil, el reto industrial, tecnológico, verde y digital nos medirá nuestra capacidad para resituarnos en la Europa de los tratados originales

AUTORA

Anne Azpiazu Bascaran

Doble grado de derecho y relaciones internacionales por la Universidad de Deusto y doble máster de abogacía y asesoría jurídica de empresas en el IE, es miembro de la división laboral de Bufete Barrilero y Asociados.

a.azpiazu@barrilero.es
LinkedIn

LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS MAC

MARINA MOLINA ELEZ

Como ya es de sobra conocido, la crisis del Covid-19 se ha configurado como una situación de todo punto insólita y extraordinaria, que, entre otros resultados, ha producido consecuencias en las relaciones contractuales en la medida en que una de las partes se está viendo incapacitada para atender las obligaciones a las que en un primer momento se comprometió.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil, los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que lo suscriben, debiendo cumplirse en los términos pactados por las mismas. En este sentido, la situación producida por el Covid-19 no conlleva, *per se*, la suspensión de los efectos de un contrato, ya que para que aquello ocurra es necesario que se produzca un acuerdo entre las partes; una condonación concedida por el acreedor; o bien, una sentencia judicial firme que lo acuerde. Por tanto, el deudor que no cumple con sus obligaciones contractuales se sitúa en una situación de incumplimiento. No obstante, en caso de imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor de buena fe, y dado el carácter extraordinario de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19, existen algunas figuras jurídicas que podrían permitir flexibilizar la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual.

En este sentido, la función de las cláusulas MAC (*Material Adverse Change* o Cambio Material Adverso) es administrar el riesgo relativo al negocio jurídico que vincula a las partes contratantes. El uso de estas cláusulas permite normalmente al inversor o comprador (en caso de tratarse de un contrato de compraventa acciones o participaciones sociales) o a la sociedad absorbente (en el supuesto de una operación de fusión por absorción) a resolver el contrato o a renegociar los términos del mismo. Así, la misma estaría referida a la ausencia de un cambio extraordinario que perjudique de forma significativa a la situación de una de las partes desde la fecha de la firma del contrato a la de cierre de la operación, ya que, en caso contrario, se podría hacer uso de dicha cláusula y desencadenarse los efectos mencionados anteriormente.

Precisamente, este tipo de cláusulas cobran más sentido, si cabe, en la coyuntura actual en la que nos encontramos, ya que la parte compradora o absorbente querrá ver protegidos sus intereses ante el cambio tan abrupto de condiciones, que nada tienen que ver con las que provocaron su intención de negociar en un primer momento. En esta línea, las cláusulas MAC tienen carácter de derecho dispositivo, por lo que, en caso de que las partes decidieran incluirla en el contrato, podrían definirla a su juicio, sin otros límites que los propios de la autonomía de la voluntad, acordando, en consecuencia, un resultado u otro en caso de experimentar un cambio material adverso.

Así las cosas, dichas cláusulas se pueden estipular de una forma amplia o de una manera más cerrada, esto es, contemplarla en el contrato como una cláusula que se aplicaría en el caso de que se produjesen acontecimientos que dieran como resultado una alteración de las circunstancias pero sin llegar a determinar ejemplos específicos de tal escenario negativo; o, por el contrario, una cláusula MAC más específica que delimitara, por ejemplo, la situación en la que se debería de situar la empresa objeto de absorción para que tenga lugar el cierre definitivo de la operación. Así, una redacción concreta o determinada beneficiaría a la sociedad *target* en caso de una fusión por absorción, o al vendedor en un contrato de compraventa, ya que tanto la compañía absorbente como el comprador no podrían hacer uso de la cláusula para poner fin al negocio al no quedar contemplado ese supuesto concreto como una causa de resolución del contrato.

Resulta inevitable preguntarse qué relación o diferencias guardan las cláusulas MAC con la doctrina *rebus sic stantibus*, ya que ambas facultan a modificar los términos del contrato para adaptarlos a las nuevas circunstancias, permitiendo que se flexibilicen las consecuencias derivadas del principio *pacta sunt servanda*. No obstante, y para dar respuesta a la pregunta, la doctrina *rebus sic stantibus* es aplicada por parte de los tribunales en caso de que se carezca de otro mecanismo para restablecer el equilibrio entre las partes. En consecuencia, se

trata de dos figuras jurídicas incompatibles entre sí, pues en caso de existir alguna previsión contractual expresa que contemple una posible alteración extraordinaria de las circunstancias respecto de las concurrentes en el momento de su celebración, no podrá aplicarse la doctrina de la *rebus*.

En conclusión, y a la vista de lo comentado, como la redacción de una cláusula MAC depende de la voluntad de las partes, habrá que analizarse su contenido en caso de que hubiera sido incluida en el contrato, así como estudiar su efecto respecto del resto de cláusulas del acuerdo, con el fin de poder conocer el efecto que produciría en la relación contractual -ya sea la resolución del contrato, la consecución de la operación sometida a la percepción por el adquirente de una indemnización, o bien, a la renegociación de los términos o paralización de la negociación bajo la esperanza de que se pueda recuperar, en un futuro, el equilibrio entre las partes-.

AUTORA

Marina Molina Elez

Doble graduada en derecho y administración y dirección de empresas por la Universidad Autónoma de Madrid, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados

m.molina@barrilero.es

LinkedIn



BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS