

1991/2021
30

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS

b-today

Noviembre 2021

Bilbao
Madrid
Barcelona
San Sebastián
Sevilla
Vigo
Málaga
International Desk

— Página 4 —

DIVISIÓN FISCAL

PLUSVALÍA MUNICIPAL
Sentencia del Tribunal Constitucional
con número de recurso 4433-2020

ÁNGELA GARCÍA MARTÍN

— Página 7 —

DIVISIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

EL “VALOR DE REFERENCIA” COMO ELEMENTO SUSTITUTIVO DEL
TRADICIONAL “VALOR REAL”, PARA DEFINIR LA BASE IMPONIBLE
DE LOS INMUEBLES

FERNANDO RODRÍGUEZ CASADO

— Página 9 —

DIVISIÓN FISCAL

LA COMPENSACIÓN DE BINS EN EL PROCEDIMIENTO DE
RECTIFICACIÓN DE AUTOLIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE
SOCIEDADES

IRENE FERNÁNDEZ HERRERO

— Página 10 —

DIVISIÓN MERCANTIL

UN TRAJE A MEDIDA DEL PROYECTO EMPRESARIAL

IÑIGO LÓPEZ RECALDE

— Página 11 —

DIVISIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

“EL QUE ASUME EL RIESGO, GENERA EL DERECHO”

CRISTINA BASTANTE RODRIGUEZ

— Página 13 —

DIVISIÓN INTERNACIONAL

LA NUOVA CLASS ACTION IN ITALIA

AVV SILVIA LAZZERETTI Y AVV STEFANIA MAVELLI

— Página 14 —

DIVISIÓN PENAL

LAS NUEVAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE
CAPITALES Y FRAUDE FISCAL EN RELACIÓN CON LAS MONEDAS
VIRTUALES

ISABEL ESCUDERO MARTÍNEZ

PLUSVALÍA MUNICIPAL

Sentencia del Tribunal Constitucional con número de recurso 4433-2020

ÁNGELA GARCÍA MARTÍN

El pasado jueves 28 de octubre de 2021, se ha conocido el borrador de la Sentencia cuya parte dispositiva transcribe la Nota Informativa N.º 99/2021 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 26 de octubre de 2021, por medio de la cual se adelantaba que el Tribunal Constitucional ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad número 4433-2020, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Málaga, en relación con la constitucionalidad de determinados artículos que regulan el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, comúnmente denominado como “plusvalía municipal” (en adelante “IIVTNU”).

En este borrador de sentencia, y en el sentido adelantado por la Nota Informativa, el Tribunal Constitucional (a esperas de conocer el contenido concreto de la sentencia publicada en el Boletín Oficial del Estado) declara que la fórmula de determinación de la base imponible del IIVTNU resulta inconstitucional por vulneración de los principios de capacidad económica y de prohibición de la confiscatoriedad consagrados en nuestra Constitución, con ciertos matices.

Los antecedentes de hecho del supuesto que ocupa a la sentencia trataban sobre una liquidación del IIVTNU girada por el Ayuntamiento de Benalmádena a raíz de la transmisión de una finca en la que la plusvalía real y efectiva para la entidad transmitente resultó en 118.684,26 euros, y la cuota tributaria del IIVTNU en 70.006,19 euros. Así, el porcentaje de cuota sobre la plusvalía verdaderamente obtenida representaba un 59% de esta última, sin tener en cuenta que, junto con la sanción y el recargo este porcentaje aumentaba a un 68,13%.

Con esto, se planteaba la duda de si resultaba constitucionalmente admisible que los preceptos legales cuestionados, en concreto los artículos 107.1 párrafo segundo, 107.2.a) y 107.4 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, determinen la base imponible del IIVTNU sin tener en cuenta la capacidad económica que efectivamente aflora al tiempo de la transmisión del terreno urbano y que generen gravámenes o cuotas que resulten desproporcionados.

Conviene recordar en este punto brevemente los antecedentes jurisprudenciales a este borrador de sentencia. Con anterioridad a la publicación de esta Nota Informativa y posterior borrador de la sentencia, en las Sentencias de 11 de mayo de 2017 (Rec. Núm. 4864-2016) y de 31 de octubre de 2019 (Rec. Núm. 1020-2019), el Tribunal Constitucional ya declaraba la inconstitucionalidad del IIVTNU en determinados supuestos o situaciones.

En la Sentencia N.º 59/2017, de 11 de mayo de 2017, el Tribunal Constitucional dispuso que someter a tributación situaciones en las que no se ha producido una plusvalía real y efectiva atenta contra el principio de capacidad económica de artículo 31 de la Constitución Española. No declaraba la inconstitucionalidad del IIVTNU en su totalidad, sino la de los artículos 107.1 y 107.2.a) TRLRHL en los supuestos en los que se someten a tributación situaciones “inexpresivas de capacidad económica”, esto es, en las que no se presenta un incremento del valor del terreno al momento de la transmisión.

En la propia sentencia, el Tribunal Constitucional invitaba al legislador a configurar una normativa que permitiese determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación, actualización que nunca llegó a producirse.

Dos años más tarde, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia N.º 126/2019, de 31 de octubre de 2019 declarando la inconstitucionalidad del artículo 107.4 del TRLRHL por vulnerar el principio de capacidad económica en un supuesto en el que el contribuyente debía soportar una carga tributaria muy superior a la ganancia patrimonial obtenida.

Dicho esto, vemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la inconstitucionalidad del IIVTNU en las situaciones en que **(i)** no ha existido una ganancia patrimonial real, y **(ii)** la cuota del IIVTNU superaba a la ganancia patrimonial obtenida.

Respecto de estas sentencias se pronuncia el punto 3. del borrador de la sentencia, titulado “El impuesto sobre el incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana regulado en el TRLHL tras las

SSTC 59/2017 y 126/2019, y el encuadramiento de la duda de constitucionalidad de las normas reguladoras de su base imponible en el principio de capacidad económica como criterio de imposición". En este punto, el Tribunal Constitucional analiza de manera sucinta los principios de capacidad económica, el principio de no confiscatoriedad, y el principio material de justicia tributaria junto con la desproporción de la cuota tributaria en líneas generales, para finalizar indicando que esta cuestión no versa enteramente sobre estos principios, sino que:

“(…) lo discutido es el propio método de cuantificación de la base imponible del tributo en tanto que no calcula el incremento de valor del terreno urbano gravado en función de la capacidad económica efectiva y cierta manifestada por el contribuyente con ocasión de su transmisión.”

Volviendo al principio de capacidad económica, el Tribunal Constitucional debía pronunciarse acerca de si el establecimiento legal de una regla estimativa reguladora de la base imponible del IIVTNU (y no un elemento en concreto) y de aplicación automática en tanto el hecho imponible se realice, respeta el principio de capacidad económica.

A esto responde el Tribunal Constitucional en el punto 5. según el borrador de la sentencia, bajo la rúbrica “Aplicación del principio de capacidad económica como criterio o parámetro de imposición a la regla de cuantificación de la base imponible del IIVTNU” indicando que:

“Así, la medición del incremento de valor “legal” no atiende a las alteraciones efectivas de valor producidas por el paso del tiempo en el suelo urbano ahora transmitido, cuantificando su evolución temporal por referencia comparativa entre los valores de transmisión y adquisición, sino entendiendo que ese incremento es un porcentaje del valor catastral del terreno urbano en el momento de la transmisión; porcentaje, eso sí, calculado en función de los años transcurridos desde su adquisición. Por tanto, el propio establecimiento de una estimación objetiva supone dejar al margen la capacidad económica real demostrada por el contribuyente, ya que, como ha argumentado la doctrina científica desde antiguo, la evaluación directa y la estimación presuntiva o indiciaria no son métodos alternativos de determinación de una misma base imponible, sino de determinación de bases alternativas. Y ello porque no solo ambos métodos se diferencian desde el punto de vista cuantitativo, ya que para ser alternativos sería necesario que por ambos se llegara al mismo resultado; sino también desde el punto de vista cualitativo, porque la evaluación directa mide la capacidad

económica real del contribuyente y la estimación presuntiva mide otra cosa, cuyo concepto sólo puede inferirse de las normas reguladoras de tal estimación”.

Dicho esto, y aplicando la doctrina constitucional de capacidad económica, el borrador de la sentencia indica que puede afirmarse que a un impuesto como el IIVTNU con un hecho imponible específico y no general, le es plenamente aplicable el principio de capacidad económica como fundamento, límite y parámetro de imposición, debiendo ser gravados quienes experimenten un incremento real y no potencial y en función de la cuantía real del mismo, que habrá de ser calculada con base en una justificación objetiva, sólida y razonable, pues lo contrario sería confirmar la finalidad recaudatoria de este impuesto. Tal y como adelantaba la parte dispositiva de la Nota Informativa N°99/2021:

“En consecuencia, el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible, por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica y, por tanto, al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (art. 31.1 CE). (...)”

Por todo ello, debe estimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla -sede en Málaga- y declarar inconstitucionales y nulos los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL por contravenir injustificadamente el principio de capacidad económica como criterio de la imposición (art. 31.1 CE)".

A pesar de declarar la inconstitucionalidad y nulidad de estos artículos, (y repetimos a esperas de lo publicado oficialmente en el BOE) el borrador delimita en el punto 6 de la sentencia “El Alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad” de estos artículos. Comienza señalando, con acierto, que la nulidad de los mismos supone su expulsión del ordenamiento jurídico, lo que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo, haciéndolo inexigible.*

Seguido a lo anterior, el Tribunal Constitucional insta al legislador a modificar la normativa del IIVTNU adaptándolo a las últimas exigencias del Tribunal Constitucional y del principio de capacidad económica del artículo 31.1. de nuestra Constitución, para posteriormente hacer un guiño a las Administraciones Públicas indicándoles que se garantizará “adicionalmente” a esto, la suficiencia financiera de las entidades locales.

Con esta última referencia, concluye que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme, lo que se adelantaba en la Nota Informativa a que nos hemos referido en párrafos anteriores.

Lo que no mencionaba la Nota Informativa, y sobre lo que quedará la duda de si se confirma en la sentencia publicada en el BOE, es que, de acuerdo con este borrador:

“A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha.”

Consiguientemente, de acuerdo con el criterio manifestado en el borrador, no podrá instarse la rectificación de las autoliquidaciones por el IIVTNU de los ejercicios no prescritos una vez publicada la sentencia en el BOE, sino que, de acuerdo con lo previsto en el borrador, solo las liquidaciones impugnadas en tiempo y forma que no hayan sido resueltas podrían ser anuladas.

* En este punto es importante volver a mencionar que será inexigible el IIVTNU desde que se publique la sentencia en el BOE y si esta coincide en su integridad con los términos del borrador del que trata esta Newsletter.

AUTORA

Ángela García Martín

Graduada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid, Doble Máster en la Universidad de Navarra de Acceso a la Abogacía y Asesoría Fiscal, está especializada en derecho tributario y es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.garcia@barrilero
LinkedIn

EL “VALOR DE REFERENCIA” COMO ELEMENTO SUSTITUTIVO DEL TRADICIONAL “VALOR REAL”, PARA DEFINIR LA BASE IMPONIBLE DE LOS INMUEBLES

FERNANDO RODRÍGUEZ CASADO

Tras unos años de imprecisiones y faltas de exactitud, finalmente el concepto jurídico “valor de referencia” ha conseguido instalarse dentro del entender popular, para sin más dilatación, sustituir al de sobra conocido “valor real”, sirviendo el mismo para constituir así la base imponible de los bienes inmuebles en el impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. De este modo, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal ha conseguido acuñar un “nuevo” término jurídico, introduciendo modificaciones en diversos tributos que afectarán a los bienes inmuebles, y este no es otro que el del “valor de referencia”.

Fue en el año 2018 cuando por medio de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, escuchamos por primera vez el concepto jurídico traído a colación por medio de este artículo, señalándose simplemente que se trataba de una característica propia de los bienes inmuebles, no entrando en mayores descripciones o argumentaciones al respecto. Años más tarde, hemos podido observar cómo esta situación se ha revertido. Hoy por hoy, el término se ha perfeccionado, configurándose como un valor objetivo de cara a la valoración de inmuebles.

Si nos retrotraemos al origen del concepto, el valor real de los bienes inmuebles se encontraba en estrecha relación con el valor de mercado. Por su parte, la base imponible hacía referencia a ese valor real ya mencionado. Eran las haciendas autonómicas las encargadas de aplicar a los inmuebles una serie de valores teóricos, no siendo siempre dichas valoraciones justas, ya que, en ocasiones, la valoración teórica era muy superior a los precios de mercado por los que se realizaban operaciones de esta índole. Ante esta situación, fueron numerosos los pronunciamientos por parte de los Tribunales declarando la no idoneidad de esos valores teóricos, al no ser del todo útiles para establecer la base imponible de los inmuebles.

En la actualidad, la funcionalidad de este nuevo concepto se verá reflejada en las valoraciones administrativas y objetivas, buscando así potenciar una mayor seguridad jurídica a las operaciones en este ámbito, reduciendo los conflictos relativos a la determinación del valor real de un inmueble concreto. Se estima que será en 2022

cuando comience a funcionar de forma completa esta nueva herramienta, ya que aún no se han establecido los valores de referencia por medio del Catastro, siendo este Órgano el encargado de definir año a año el valor de referencia de los bienes inmuebles. En todo caso, dicho valor será público, no estando en ningún caso protegido, pudiendo así ser conocido por todos los posibles interesados a la hora de consultar los datos catastrales de un inmueble. De este modo, se podrá conocer en todo momento los criterios que hayan sido usados para la valoración del inmueble, en cuestión.

Para mayor comprensión, la determinación del valor de referencia se establecerá por medio de la disposición final 3.º del TRLCI, fijando el procedimiento que deberá seguir la DGC para aprobar el valor como tal:

En primer lugar, se tomará la información relativa al Catastro de los precios comunicados por los fedatarios públicos en las distintas compraventas de tipo inmobiliario. Una vez obtenida dicha información, se adjuntará en un informe anual de mercado inmobiliario y en un mapa de valores, incluyendo este último las delimitaciones de ámbitos territoriales homogéneos de valoración, a los que, de forma posterior, se le adjudicará módulos de valor medio de los diferentes productos inmobiliarios. Finalmente, una vez realizado todo este procedimiento, la mencionada DGC se encargará de aprobar o suspender dicha actuación.

Así, en caso de ser aprobada, esta se emitirá por medio de resolución, debiendo esta ser publicada por edicto en la sede electrónica de la DGC antes del 30 de octubre del año anterior en relación con el valor de referencia que contará con nuevos efectos, al modificarse. Realizado este paso, se publicará un edicto en el BOE, anunciando la apertura a trámites de audiencia, contando el mismo con un periodo de 10 días. De este modo, los interesados podrán pronunciarse al respecto por medio de las vías legalmente establecidas. Finalmente, en caso de no presentarse ningún tipo de alegación o recurso, la resolución quedará aprobada, procediendo la DGC a calcular el valor de referencia para los diferentes inmuebles, debiendo de publicar el valor en cuestión en los primeros días de

diciembre, por medio de un anuncio informativo, para así poder ser conocido por el público.

A fin de cuentas y ante todo lo expuesto, tendremos que estar atentos a como finalmente se desenvuelve a niveles prácticos esta nueva iniciativa, observando con detalle si beneficia o no al normal transcurso de la valoración inmobiliaria, posibilitando así la seguridad jurídica buscada en las operaciones inmobiliarias.

AUTOR

Fernando Rodríguez Casado

Graduado en Derecho y Publicidad con RRPP por la Universidad CEU San Pablo, máster de acceso a la abogacía y asesoría jurídica de empresas en el IE University, miembro de la División de Derecho Administrativo.

f.rodriguez@barrilero.es
LinkedIn

LA COMPENSACIÓN DE BINS EN EL PROCEDIMIENTO DE RECTIFICACIÓN DE AUTOLIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

IRENE FERNÁNDEZ HERRERO

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia, número 1081/2021 de 22 de julio de 2021, concluye que el procedimiento de rectificación de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades (IS) permite la compensación de bases imponibles negativas (BINS) de ejercicios previos, no siendo posible tal compensación si las mismas no se consignaron en las autoliquidaciones de ejercicios prescritos.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que la Ley 27/2014 trajo consigo la no caducidad del derecho del contribuyente de compensar las BINS, junto con la delimitación del plazo de prescripción de 10 años del derecho de la Administración a comprobar las bases imponibles negativas compensadas o pendientes de compensar.

Este plazo de prescripción extendido aplicable a las BINS puede conducirnos a interpretar que el contribuyente, si lo estima conveniente, puede instar la rectificación de su autoliquidación en caso de no haber compensado o declarado bases imponibles negativas en los 10 ejercicios anteriores. No obstante, la doctrina administrativa y la jurisprudencia ha ido matizando la interpretación de esta cuestión.

La resolución del TEAC de 4 de abril de 2017 desestimaba una solicitud de rectificación de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades para aumentar las BINS aplicadas, interpretando que se trataba de una opción tributaria, esto es, el ejercicio de un derecho potestativo y no imperativo, que debe ser ejercitado por parte del contribuyente mediante su comunicación en la autoliquidación.

De esta forma, el TEAC consideró que era de aplicación el artículo 119.3 de la LGT, el cual establece que para poder disfrutar de los beneficios de una opción tributaria resulta necesaria la presentación de la oportuna declaración o rectificación de esta en el plazo establecido. En otras palabras, no es posible ejercitar esta opción mediante la presentación de una solicitud de rectificación de la declaración una vez transcurrido el plazo para la presentación de la misma.

La sentencia de la Audiencia Nacional (AN), de 11 de diciembre de 2020, anula la citada resolución del TEAC sosteniendo que la compensación de BINS no es una opción tributaria, sino un derecho del contribuyente que no es susceptible de limitación temporal. De esta forma, determina que el precepto aplicable en estos supuestos es el artículo 120 de la LGT -y no el mencionado artículo 119.3- el cual otorga al obligado tributario la facultad de rectificar una autoliquidación cuando considere que perjudica sus intereses legítimos.

Cabe destacar que la AN estima que la aplicación del artículo 119.3 de la LGT limitó indebidamente la facultad del recurrente, dado que el mismo regula las declaraciones tributarias y no las autoliquidaciones, como es el caso.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2021, examina si procede la solicitud de rectificación de una autoliquidación de un ejercicio no prescrito, que conlleva, en unidad de acto, la rectificación de autoliquidaciones presentadas en los 10 años previos.

Concretamente, el contribuyente alega que, debido a un error contable, en ejercicios anteriores, afectados por el plazo de prescripción general de 4 años, no consignó en la autoliquidación del IS las BINS que solicita compensar en un ejercicio no prescrito. En este sentido, considera que, en la medida que la Administración dispone de un plazo de 10 años para la comprobación de las BINS, la mismas pueden ser rectificadas a instancia del interesado en el mismo plazo.

El Alto Tribunal dictamina que no procede la generación *ex novo* de bases imponibles negativas de ejercicios prescritos, por falta de norma expresa que extienda el plazo general de 4 años para la comprobación de la deuda tributaria. Sin embargo, estima ajustada a derecho la compensación de BINS de ejercicios prescritos en el marco de un procedimiento de rectificación de autoliquidación, siempre que hayan sido consignadas en las correspondientes autoliquidaciones.

AUTORA

Irene Fernández Herrero

Graduada en Derecho y en Finanzas y Contabilidad por la Universidad de Sevilla, Doble Máster de Acceso a la Abogacía y Asesoría Jurídico-Fiscal de Empresas por el IE Law School, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

i.fernandez@barrilero.es

[LinkedIn](#)

UN TRAJE A MEDIDA DEL PROYECTO EMPRESARIAL

IÑIGO LÓPEZ RECALDE

En la fase inicial de un proyecto empresarial son muchas las cuestiones que los promotores del mismo tienen en mente (financiación y posibles inversores, plan de negocio y estrategia comercial, requisitos administrativos...) pero sin duda uno de los aspectos más importantes a concretar correctamente consiste en los pactos que van a regir entre todos los compañeros de viaje ya que determinarán, en gran medida, el éxito o fracaso de un negocio.

Habitualmente, estos compromisos se establecen de forma sencilla en los Estatutos Sociales de la compañía empleada como vehículo desarrollador del negocio, dejando las partes el desarrollo de los detalles o particularidades de su compromiso para un pacto de socios o *pacto parasocial*. La principal razón de este hecho reside en que los esquemas de funcionamiento de las sociedades de capital previstos por la ley con frecuencia impiden encajar las singularidades de cada proyecto en concreto.

Sin embargo, dentro de la esfera estatutaria existen mecanismos generalmente infrutilizados que nos permiten alcanzar el objetivo de establecer una regulación clara, eficiente y personalizada sobre determinados aspectos vitales para el negocio, a la par que determinar las consecuencias de su incumplimiento y mecanismos de subsanación del mismo y, todo ello, con plena seguridad jurídica. Nos referimos a las “*prestaciones accesorias*”.

Las “*prestaciones accesorias*”, de previsión estatutaria, consisten en obligaciones (dar, hacer o no hacer) asumidas por todos o determinados socios frente a la sociedad. Aumentándose así el contenido obligacional del socio, que no se limitará a la mera contribución capitalista, se consigue que cada uno de ellos se sitúe en una posición más comprometida con el negocio, a la par que se regulan las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones asumidas (clausulas penales, causa

de exclusión del socio de la Sociedad...).

El abanico de posibilidades de concreción de las “*prestaciones accesorias*” es muy amplio pudiendo consistir, por ejemplo, en la obligación de prestar determinados servicios a la Sociedad (socios que desarrollan el negocio); obligaciones de suministrar un determinado producto a la Sociedad; de ocupar el cargo de administrador; de realizar aportaciones suplementarias de capital o de garantía; de no realizar determinadas actividades (que, por ejemplo, puedan considerarse como competitivas); pueden servir como medio para garantizar un régimen de transmisión indirecta de participaciones; o incluso, como finalmente ha admitido la Dirección General de Registros y del Notariado, la obligación misma de suscribir y comportarse de conformidad con lo establecido en un determinado pacto de socios.

Por otro lado, las “*prestaciones accesorias*” serán de carácter gratuito o remunerado, pudiéndose jugar con una variedad de formas en las que se determine la remuneración (retribución monetaria, intereses, entrega de bienes, privilegios políticos, etc.).

La propia ley prevé mecanismos dirigidos a garantizar el cumplimiento de este mecanismo, como son la necesidad de consentimiento de los socios implicados en la creación, modificación o extinción de “*prestaciones accesorias*”, la imposibilidad de voto de los socios implicados por conflicto de interés o la necesidad de autorización por parte de la Junta General (órgano de administración en las Sociedades Anónimas) para la transmisión de las participaciones sociales o acciones sujetas a “*prestaciones accesorias*”.

Como se observa, son muchas y variadas las posibilidades para realizar un traje, ahora solo queda hacerlo a medida del proyecto empresarial a emprender.

AUTOR

Iñigo López Recalde

Licenciado en derecho por la Universidad de Navarra, tiene el máster en derecho de empresa por la misma universidad y ha completado su formación con la realización de varios cursos: el anglo-americano law program (Universidad de Navarra), el international business law program (Universidad de Navarra) y un curso de especialización en arbitraje. Es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

i.lopez@barrilero.es
LinkedIn

“EL QUE ASUME EL RIESGO, GENERA EL DERECHO”

CRISTINA BASTANTE RODRÍGUEZ

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2021, Recurso de Casación para la unificación de Doctrina)

En noviembre de 2019, desde la división laboral y de Seguridad Social, escribí la nota “El nuevo jubilado activo”.

Este estaba basado en una sentencia totalmente innovadora del TSJ de Galicia que abría la puerta a todos esos empresarios que, habiendo alcanzado los requisitos de edad y cotización, querían comenzar a cobrar su pensión contributiva sin perder la actividad laboral o sin dejar de estar al frente de sus empresas.

Compatibilizar trabajo y jubilación si es posible, es lo que se denomina jubilación activa, sin embargo, para los trabajadores por cuenta propia que pretendan alcanzar el cobro del 100 % de la pensión existe un requisito indispensable, tener al menos contratado a un trabajador por cuenta ajena. Es decir, el jubilado activo que pretenda compatibilizar trabajo y el 100 % de la pensión, deberá incluirse en el RETA y actuando como persona física contratar al menos a un trabajador.

Cierto es, que la Ley General de Seguridad Social no establece la especificidad de que tenga que ser el autónomo persona física (autónomo clásico) el que contrate, por lo que podría interpretarse que el autónomo societario es igualmente válido, sin embargo, es la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social quien hace esta distinción e impone el criterio.

En su día hablamos de la famosa sentencia del TSJ de Galicia precisamente porque desmontó este controvertido requisito y declaró el derecho a compatibilizar el trabajo y el 100% de la pensión de jubilación cuando la contratación se realizó a través de la sociedad respecto de la cual el autónomo tiene el control efectivo. Para ello se basó fundamentalmente en la literalidad de la norma (artículo 214.2 LGSS) y en que se cumplían igualmente con los fines del envejecimiento activo y el mantenimiento del empleo.

Como consecuencia de esta sentencia fueron muchos los empresarios gallegos que se beneficiaron de esta interpretación, pero dos años más tarde y con una pandemia que paralizó la actividad judicial casi medio año, el criterio vuelve a dar un

giro por imperativo del Tribunal Supremo, que en julio de este año volvió al punto inicial.

De este modo la Sala de lo Social del TS en varias sentencias de 23 de julio de 2021 ha despejado los límites de la “actividad por cuenta propia”, exigida por el art. 214.2. LGSS, para compatibilizar con la misma el 100% de la pensión de jubilación.

En dichas sentencias el TS aprecia una diferencia clave entre el autónomo societario y el autónomo clásico, pues éste último realiza su actividad profesional o económica de forma habitual personal y directa por su propia cuenta, asumiendo, por tanto, el riesgo y ventura en el devenir de su negocio. Por el contrario, el autónomo societario realiza también funciones de dirección o gerencia propios del cargo de consejero o administrador u otros servicios, a título lucrativo, de forma personal, habitual y directa, pero no lo hace por cuenta propia, sino para la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los riesgos del negocio.

Por consiguiente, el autónomo clásico, al trabajar por “cuenta propia”, asume con su patrimonio personal todas las deudas de su negocio, incluidos salarios y cotizaciones de la Seguridad Social, respondiendo con sus bienes presentes y futuros. De este modo, la prolongación de su vida activa, con la correspondiente compatibilidad del 100% de su pensión de jubilación, comporta asumir un riesgo empresarial que, al contratar o mantener, al menos, a un trabajador, justifica plenamente dicha compatibilidad, puesto que equilibra el gasto del 100% de la pensión de jubilación con la creación o el mantenimiento de un contrato por lo menos. Pero no sucede lo mismo con el consejero o administrador de una sociedad de capital, aunque la controle efectivamente, puesto que se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que, en principio, no afecta a su patrimonio personal y no responde de los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social de los empleados de la sociedad, ya que no ostenta la condición de empresario de los mismos, por cuanto dicho papel corresponde a la propia sociedad de capital.

El Tribunal Supremo deja claro que no es una cuestión de interpretación normativa o de cumplimiento de políticas de empleo, sino de quien asume el riesgo y en consecuencia quien es merecedor del derecho, y así, sentencia que el autónomo societario deberá conformarse con el 50% y el clásico,

siempre que acredite el cumplimiento del requisito, podrá acceder al 100 %. Cerrando la puerta que abrió el TSJ de Galicia dos años antes.

Todo esto nos lleva a concluir que los giros jurisprudenciales, en este caso los referentes a prestaciones o beneficios de Seguridad Social, son constantes y subjetivos, lo estamos viviendo en estos momentos con el complemento de maternidad en varones.

Lo que hoy es A mañana puede ser B y viceversa, por eso no debemos dudar en cuanto un cambio de criterio nos beneficie e iniciar cuanto antes su reclamación, ser ágiles en estos trámites puede dar grandes beneficios, aunque nada nos exime de que en la propia tramitación cambien el criterio de nuevo.

AUTORA

Cristina Bastante Rodríguez

Graduada en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, máster en la Universidad de Vigo en colaboración con el Colegio de Abogados de Vigo, es miembro de la división laboral de Bufete Barrilero y Asociados

c.bastante@barrilero.es
LinkedIn

LA NUOVA CLASS ACTION IN ITALIA

AVV SILVIA LAZZERETTI Y AVV STEFANIA MAVELLI

Il 19 maggio 2021 in Italia è entrata in vigore la nuova disciplina della class action, introdotta dalla Legge del 12 aprile 2019, n. 31 che sostituisce ed abroga la precedente disciplina che era contenuta nel Codice del Consumo, ampliandone portata ed applicazione.

L'avvio della nuova *class action*, che è stato rinviato varie volte dal legislatore, era indubbiamente molto atteso, per le novità che la nuova normativa apporta.

Innanzitutto, la *class action* può essere promossa da chiunque, quindi anche da imprese ed enti, a differenza della previgente disciplina che riservava l'azione di classe a consumatori ed utenti.

La novità più rilevante è che l'azione di classe può essere esperita per far valere pretese risarcitorie o restitutorie nei confronti di imprese e di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità concernenti la lesione di "diritti individuali omogenei", ovvero i diritti della classe, derivanti da qualunque tipo di illecito contrattuale o extracontrattuale. Sono quindi venute meno le limitazioni previste dal Codice del Consumo che circoscrivevano l'applicazione dell'azione di classe ai soli rapporti di consumo, alla responsabilità del produttore ed alla tutela dei diritti lesi a causa di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali. È quindi prevedibile che in futuro saranno promosse diverse *class actions*.

Tuttavia, possono essere oggetto di *class action* solo condotte successive alla sua entrata in vigore e fermo restando che i diritti individuali lesi dovranno essere qualificabili come omogenei.

Un'altra novità è rappresentata dalla possibilità di aderire alla *class action* (c.d. *opt-in*) anche dopo l'emissione della sentenza che accoglie l'azione e, difatti, i diritti di tutti gli aderenti (sia di quelli che hanno aderito prima della sentenza, sia di quelli che hanno aderito dopo) sono accertati nell'ambito di una apposita fase del procedimento denominata "procedura di adesione" successiva all'emissione della sentenza che accoglie l'azione che termina

con l'emissione di un decreto che, se accoglie la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute agli aderenti con efficacia di titolo esecutivo.

È molto semplice venire a conoscenza dell'azione, aderirvi e monitorarla, dal momento che tutti gli atti ed i provvedimenti del giudizio sono pubblicati nel sito internet del Ministero della Giustizia.

La nuova normativa prevede infine la possibilità per chiunque vi abbia interesse di esperire un'azione inibitoria collettiva di atti e comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti volta ad ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta lesiva. Il procedimento è sostanzialmente il medesimo previsto per l'azione di classe "ordinaria".

Con l'entrata in vigore della nuova disciplina, l'aspettativa era che la nuova *class action* sarebbe stata da molti utilizzata per promuovere le cosiddette e già nascenti *Covid Litigations*. Ad oggi però, forse anche a causa del fatto che le condotte che danno luogo alla *class action* devono essere successive al 19 maggio 2021, non si ha notizia di azioni di classe connesse all'emergenza sanitaria Covid-19.

Dal sito del Ministero della Giustizia emerge che ad oggi è stata esperita soltanto un'unica azione inibitoria collettiva promossa nel luglio 2021 da organizzazioni sindacali dei lavoratori volta alla sospensione di una gara di appalto e alla non corretta contrattualizzazione dei lavoratori che però è stata estinta per cessazione della materia del contendere prima della pronuncia sulla richiesta inibitoria.

Risulta da fonti giornalistiche che associazioni dei consumatori vogliono promuovere un'azione di classe in relazione alla mancata manutenzione delle autostrade e pagamento dei pedaggi autostradali.

Come sopra accennato, vista l'ampia portata, è comunque prevedibile che l'azione di classe diventerà uno strumento sempre più utilizzato.



Avv. Silvia Lazzeretti
s.lazzeretti@macchi-gangemi.com

Avv. Stefania Mavelli
s.mavelli@macchi-gangemi.com

LAS NUEVAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALS Y FRAUDE FISCAL EN RELACIÓN CON LAS MONEDAS VIRTUALES

ISABEL ESCUDERO MARTÍNEZ

Tres Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional investigan estafas piramidales con criptomonedas.

Las tramas prometían altísimas rentabilidades mensuales a los propietarios de las criptomonedas, a quienes pagaba utilizando una parte del dinero obtenido de otros inversores anteriores.

Hasta ahora las víctimas ascienden a miles de personas y el perjuicio económico podría ascender a decenas de millones de euros.

Los delitos que se les imputan son estafa agravada, delito continuado apropiación indebida, receptación y blanqueo de capitales, asociación ilícita, delitos contra la Hacienda Pública, cohecho, delitos societarios, encubrimiento y falsedad en documento público.

La posición del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ya se manifestó en su sentencia número 326/2019 de fecha 20 de junio de 2019, en relación con un delito de estafa cometido mediante el uso de bitcoin en su modalidad de criptomonedas. En esta sentencia, la Sala Segunda afirmaba que el bitcoin debe ser considerado como activo patrimonial inmaterial, y no como moneda de curso legal, lo que incide en el modo de restitución para estos casos. En lugar de restituir a las víctimas con los bitcoins sustraídos, el tribunal no pudo acordar más que la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados, siendo esta “la rentabilidad que hubiera ofrecido el precio de las unidades bitcoin entre el momento de la inversión y la fecha del vencimiento de sus respectivos contratos”. Es por ello, que la regulación de este mercado resulta cada vez más necesaria.

Nuevos sujetos obligados en la prevención del delito de blanqueo de capitales.

En nuestro país, destaca el Real Decreto 7/2021, de 27 de abril, que traspone la Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, para fortalecer las medidas en materia de blanqueo de capitales. Entre las medidas adoptadas resalta la incorporación de nuevos suje-

tos obligados, junto a los ya establecidos en la ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En este aspecto, los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria deberán inscribirse en un Registro que estará disponible a partir de este mes de octubre por parte del Banco de España. Esto último facilitará, en consecuencia, el rastreo y la prevención del delito de blanqueo de capitales tipificado en nuestro Código Penal, dentro del cual las criptomonedas empiezan a cobrar un importante protagonismo.

Las criptomonedas en la nueva Ley contra el Fraude Fiscal.

Así mismo se ha aprobado recientemente la nueva Ley 11/2021 del 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, mediante la que se establecen una serie de obligaciones principales con el objetivo de informar a la Administración Tributaria sobre la tenencia o cualquier tipo de operativa haciendo uso de criptomonedas. En nuestro Código Penal, el delito contra la Hacienda Pública se recoge en el artículo 305, no constituyendo delito a aquellas prácticas en las que el importe defraudado no exceda los 120.000 Euros, tratándose en los demás casos de una infracción administrativa. En el caso de que la cuota defraudada exceda del importe señalado, se le podrá imponer al autor una pena de prisión de hasta 5 años, así como una multa de hasta seis veces el importe de la cantidad defraudada. De esta manera, y a la vista del incremento de las prácticas fraudulentas haciendo uso de criptomonedas, quedan obligados a proporcionar información sobre titulares y saldos aquellas entidades encargadas de gestionar, almacenar y transferir monedas virtuales; así como los “exchanges”- siendo estos últimos los que proporcionan servicios de cambio entre monedas virtuales y dinero de curso legal o entre monedas virtuales entre sí. Estos últimos tendrán la obligación de informar sobre todos los datos referentes a la clase concreta de moneda virtual, identificación fiscal de los titulares- domicilio y número-, precio y fecha de la operación. Por último, los contribuyentes deberán declarar en su declaración de IRPF la tenencia de monedas virtuales ya sea en territorio nacional o en el extranjero. Las criptomonedas operan median-

te monederos virtuales con carácter transnacional entre los que podemos destacar “wallet” o “coin-base”, por lo que en definitiva habrá que trasladar a la Agencia Tributaria dicha información en vista a proporcionar un mayor control. Esta declaración deberá efectuarse siguiendo un determinado procedimiento: el modelo 720, de “declaración sobre bienes y derechos situados en el extranjero”.

AUTORA

Isabel Escudero Martínez

Graduada en derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

m.escudero@barrilero.es
LinkedIn

30^{1991/2021}

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS