

may. 22

b-today
derecho y economía

representación proporcional
plan nacional
devoluciones procedentes
españa & mexico
whistleblowing
IIVTNU

Mercantil	Sobre la posibilidad de establecer el sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas 3 Jon Álvarez de la Peña
Laboral y de la Seguridad Social	El derecho laboral en tiempos de guerra 4 Marta González Sánchez
Fiscal	El Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la imposibilidad por parte del fisco de retener devoluciones procedentes en derecho de manera injustificada 5 Íñigo Landín Arsuaga
Internacional	España se fortalece como destino y puerta de entrada a Europa para inversionistas mexicanos 6 Arturo Lavín Salazar
Penal	El anteproyecto de la directiva “Whistleblowing” llega con numerosas ampliaciones 7 Ainhoa Aizkorreta Lozano
Inmobiliario	Posible nueva inconstitucionalidad del impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana 8 Alex Mayorga Negrillo

Sobre la posibilidad de establecer el sistema de representación proporcional en las sociedades limitadas

Una de las formas de elección de miembros del consejo de administración que la Ley de Sociedades de Capital prevé para las sociedades anónimas en su artículo 243 es el régimen de representación proporcional, esto es, que las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, puedan designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

Se ve mejor con un ejemplo:

Sociedad anónima con 10 socios en la que se ha fijado la forma de administración en un consejo de administración de 10 miembros. El capital social está compuesto de 100 acciones. Uno de los socios tiene 80 acciones, las 20 restantes están repartidas entre los 9 socios restantes.

Si los miembros del consejo fueran elegidos en junta, el socio poseedor de las 80 acciones será quien, básicamente, elija a los miembros del consejo, debido a que posee la mayoría de las acciones y su voto será necesario para adoptar cualquier acuerdo.

Sin embargo, con el régimen de representación proporcional, se permitiría a esos 9 socios poseedores de 20 acciones nombrar directamente a 2 de los 10 miembros del consejo. Dado que hay 100 acciones y 10 consejeros, este régimen permite que por cada 10 acciones se pueda nombrar a un consejero.

La posibilidad de establecer este régimen en las sociedades limitadas ha sido objeto de controversia tanto doctrinal como jurisprudencialmente, habida cuenta de que ni la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del año 1995 ni la actual Ley de Sociedades de Capital del año 2010 recogen esta posibilidad para las sociedades limitadas (de hecho, en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 se indicaba que no se había considerado conveniente establecer este régimen para este tipo social).

Controversia que se incrementaba aún más con el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil, que excluye expresamente el régimen de representación proporcional en las sociedades limitadas.

El quid de la cuestión radica en si, al no estar prohibido expresamente este régimen en la Ley de Sociedades de Capital (o en la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), pueden o no los socios implementarlo haciendo uso del principio de libertad de pactos de los socios (actual art. 28 LSC).

En un primer lugar, la antigua DGRN (actualmente, DGSJFP) en Resolución de 17 de marzo de 1995 se pronunció en un sentido favorable al establecimiento de este régimen en las sociedades limitadas. Y también lo hizo el Tribunal Supremo en Sentencia nº 138/2009, de 6 de marzo, en la que defendió la primacía del principio de libertad de pactos de los socios sobre el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil.

Sin embargo, en una Resolución posterior, de 15 de septiembre de 2008, la DGRN modificó su criterio y se inclinó por prohibir este régimen en las sociedades limitadas, al considerar que este régimen contravenía el principio de adopción de acuerdos por mayoría en el seno de la Junta General.

Por ello, en la práctica, nos encontrábamos con Registros que venían admitiendo la posibilidad de establecer este régimen en las sociedades limitadas, amparándose en la referida Sentencia del Tribunal Supremo y otros que optaban por lo contrario, amparándose en la Resolución de la DGRN de 15 de septiembre de 2008.

Pues bien, el 28 de marzo de 2022 la DGSJFP ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta materia, y esta vez a la luz de la actual Ley de Sociedades de Capital de 2010. En esta ocasión, la Dirección vuelve a su criterio original y opta por admitir este régimen para las sociedades limitadas amparándose en el principio de libertad de pactos de los socios, al considerar que no se estaría yendo en contra de ninguna norma imperativa ni contra los acuerdos inspiradores de este tipo social.

Ya existían precedentes previos en los que la DGSJFP había defendido que el hecho de que un precepto de la Ley de Sociedades de Capital se refiera únicamente a las sociedades anónimas no implica que el mismo no pueda ser aplicable a las sociedades limitadas en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de los socios, como por ejemplo, al defender la posibilidad de establecer en las sociedades limitadas la posibilidad de asistencia telemática a las juntas de socios, o la de adopción de acuerdos en el consejo de administración por medio de votación por escrito y sin sesión.

Además, el régimen de representación proporcional está expresamente contemplado para un tipo concreto de sociedad limitada, la sociedad laboral, en el artículo 13.2 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre. Y destaca la DGSJFP que no habría razón por la que se impidiera establecer el régimen de representación proporcional en una sociedad limitada laboral pero no en una no laboral, pues los intereses de los socios minoritarios de una y otra son igualmente *"dignos de tutela"*.

En su Resolución, la DGSJFP destaca igualmente el efecto protector de la minoría social que el régimen de representación proporcional puede ofrecer, señalando que este régimen *"posibilita una mayor reflexión en la gestión de la sociedad, permitiendo que la administración se ajuste mejor al interés social -que es común a todos los socios-, así como un sistema de vigilancia, por parte de la minoría, respecto de quienes llevan la gestión diaria de la sociedad"*.

Así las cosas, quedan despejadas en la actualidad las dudas que existían en torno a la posibilidad de establecer el régimen de representación proporcional (muy útil para la defensa de los intereses de la minoría social) en las sociedades limitadas. Se puede.

Jon Álvarez de la Peña

Graduado en derecho y máster de acceso a la abogacía por la Universidad del País Vasco, máster de asesoría jurídica de empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. Es miembro de la división mercantil y procesal de Bufete Barrilero y Asociados.

j.alvarez@barrilero.es
LinkedIn

El derecho laboral en tiempos de guerra

Real Decreto-ley 6/2022, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania

La invasión de Ucrania por parte de Rusia está generando importantes consecuencias tanto directa como indirectamente en todos los sectores. Si bien, los efectos económicos indirectos son considerables, sobre todo debido al aumento del precio del gas y del petróleo, pero también por el encarecimiento o la escasez de otras materias primas agrícolas y minerales.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Gobierno ha decidido impulsar un Plan Nacional que comprende tanto medidas normativas como no normativas, y que ha sido elaborado tras un proceso de diálogo con los sectores más afectados, los agentes sociales, las Comunidades Autónomas y los partidos políticos.

Así, el pasado 30 de marzo fue publicado en el BOE el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 31 de marzo de 2022.

La invasión de Ucrania y el aumento de los costes energéticos conlleva unas consecuencias muy importantes para las empresas. Sin embargo, el Gobierno entiende que nos encontramos ante una situación coyuntural, y por ello propone el uso de los expedientes de regulación de empleo contenidos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Así, como medida para evitar que se produzcan despidos, y con ello el perjuicio a los trabajadores y colectivos vulnerables se han establecido en su artículo 44 dos prohibiciones:

- El aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022 para Las empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente RDL. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida.
- Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

En segundo lugar, el artículo 45 de dicho cuerpo legal, recoge el reconocimiento por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de un incremento extraordinario en la prestación de ingreso mínimo vital vigente a la entrada en vigor de este RDL, respecto de las mensualidades de abril, mayo y junio de 2022, que consistirá en la aplicación de un porcentaje del 15% al importe mensual reconocido para los citados meses.

Asimismo, para los sectores del transporte urbano, por carretera (CNAE 4931, 4932, 4939, 4941 y 4942), agrícola, ganadero y pesquero se regula la posibilidad de que las empresas con trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores autónomos, soliciten un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, similar al que se reguló con motivo de la pandemia.

Por último, en relación con el sector del transporte portuario y marítimo, se ha establecido que aquellos contratos temporales de trabajo de los tripulantes ucranianos enrolados en buques mercantes de

bandera española pondrán prolongarse voluntariamente por el periodo necesario y hasta un máximo de 12 meses. Asimismo, se recoge la extensión de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de estos tripulantes, bastando únicamente la mera comunicación por parte de la empresa naviera (artículo 22 RD 6/2022).

Sin embargo, tras la lectura pormenorizada del RDL, se observan más sombras que luces. Hay numerosos aspectos por esclarecer dada su ambigüedad, la cual puede ocasionar una innegable inseguridad jurídica para las empresas. Asimismo, las limitaciones impuestas por el RDL suponen una merma en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, el cual les permite, en virtud del artículo 34 de la Constitución Española, participar libremente en la aportación de recursos privados y decidir sobre sus objetivos, estableciendo su propia planificación en función de sus recursos.

Marta González Sánchez

Grado en derecho y estudios legales de la empresa por CUNEF, máster de acceso a la abogacía y derecho de empresa por la Universidad de Navarra, es miembro de la división Laboral y de la Seguridad Social de Bufete Barrilero.

m.gonzalezsanchez@barrilero.es
LinkedIn

El Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la imposibilidad por parte del fisco de retener devoluciones procedentes en derecho de manera injustificada

En fecha reciente (Sentencia de 4 de marzo de 2022, recurso de casación 2946/2020), el Tribunal Supremo ha dictado una importante Sentencia por medio de la cual recuerda el derecho que asiste a los obligados tributarios a la devolución de determinadas cantidades por conceptos tributarios a ellos debidas una vez transcurridos determinados plazos.

Y es que, hasta la fecha del citado pronunciamiento judicial, existía un halo de incertidumbre acerca de las vías de actuación de las que disponía un obligado tributario para exigir los importes a ellos debidos por parte del fisco una vez hubiese transcurrido el plazo de 6 meses previsto por el legislador tributario desde la presentación de una autoliquidación tributaria de la que resultase un importe a devolver. Huelga recordar que el referido legislador tributario ha previsto de manera expresa que tales devoluciones debidas deben ejecutarse por parte de la administración tributaria de oficio, y no a instancia del contribuyente.

Dicho esto, y ante una eventual inacción por parte del fisco a la hora de llevar a cabo su deber de devolución de las cantidades adeudadas, el Alto Tribunal sienta que una posible vía para que el obligado tributario -acreedor- pueda hacer valer su derecho sea la vía judicial. Ello, en aplicación de lo previsto por el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La trascendencia de este pronunciamiento no es baladí, pues además de poner un gatillo en la sien de la administración tributaria, que se verá obligada -a pesar de que ya lo estaba- a satisfacer los derechos de crédito nacidos frente a ella, arroja cierta luz ante otras situaciones de inacción imputables a la administración tributaria.

Y es que, en el seno de los pronunciamientos administrativos

(entiéndase por estos, tanto las resoluciones económico-administrativas dictadas por los Tribunales Económico-Administrativos Central, Regionales, o Municipales, como otros de naturaleza tributaria) no existía hasta la fecha certidumbre acerca del cauce a seguir ante dichas resoluciones cuya ejecución quedaba pendiente durante un plazo de tiempo indefinido. Causando una absurda incertidumbre al obligado tributario afectado por la misma.

Pues no deja de ser cierto que la anteriormente citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sí contempla de forma expresa una vía para solicitar la ejecución de un pronunciamiento judicial firme en aquellos supuestos en los que la administración tributaria -obligada a ejecutar- no actúa de oficio. Es lo que se conoce como "incidente de ejecución". No obstante, si se acude a Ley General Tributaria -como marco legal general regulador de nuestro sistema tributario- no se advierte ninguna figura ni cauce procedimental que contemple o prevea de manera expresa vía alguna para instar la ejecución de una resolución económico-administrativa que hubiese devenido firme pero que, aun con el transcurso del tiempo, no hubiese sido ejecutada.

Sin embargo, a sazón de la sentencia del Alto Tribunal que por medio del presente traemos a colación, entendemos que la vía prevista por el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puede ser predicable y resultar de aplicación a los supuestos de inactividad o inacción por parte de la administración tributaria a resultas de una resolución económico-administrativa firme y no ejecutada.

En resumen, parece ser que aquella frase que ha estado tradicionalmente en boca de muchos contribuyentes, "su devolución está en tramitación" ha caído por su propio peso.

Íñigo Landín Arsuaga

Graduado en Derecho por la Universidad de Navarra, doble máster de asesoría fiscal y acceso a la abogacía por la Universidad de Navarra, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

i.landin@barrilero.es
LinkedIn

España se fortalece como destino y puerta de entrada a Europa para inversionistas mexicanos

El país más competitivo es aquél que tiene la capacidad para atraer y retener talento e inversión.

IMD World Competitiveness Center

El riesgo, ansiedad e incertidumbre propios del mundo de los negocios internacionales se superan con un diagnóstico integral por parte de un equipo de especialistas multidisciplinarios, capaces, íntegros y que trabajan en armonía a favor de su cliente. Por ello, me llena de orgullo haber consolidado, en mi más reciente visita a España, la colaboración con el Bufete Barrilero y Asociados para consolidar nuestros servicios de soft landing a inversionistas mexicanos que buscan fuera de su país proteger su patrimonio y familia en un lugar que ofrezca no solo certidumbre y un estado de derecho, sino en el que puedan sentirse como en casa.

México y España han sostenido una relación a lo largo de su historia, uno y otro han sido fraternos cuando más se han necesitado. El vínculo entre ambos países es tan amplio en el tiempo y tan estrecho en afecto, que puede mucho más que los desaciertos o ideologización de su clase gobernante.

México ha sido, es y seguirá siendo destino y puerta de entrada a España para hacer negocios en el resto de América, como España ha sido, es y será destino y puerta de entrada a México para hacer negocios en Europa. No es algo menor que España sea el tercer inversor más importante de México y México para España, sea el sexto.

Existe una coyuntura en la cual España podrá beneficiarse enormemente si voltea más hacia América que al resto de las naciones europeas. Para nadie es un secreto que en los últimos tres años empresarios mexicanos preparan un “plan B” para migrar su patrimonio y/o familia a otro país, ya sea motivados por una percepción de crisis política o bien porque la pandemia dejó una lección muy clara: para sobrevivir económicamente se requiere diversificación y búsqueda permanente de oportunidades en el contexto internacional, porque la incertidumbre es la nueva normalidad. La melodía se produce cuando existe cierta tensión en la cuerda; así pasa con los negocios, requieren de circunstancias retadoras para crecer.

Desde el enfoque del destino de las inversiones de mexicanos y otras nacionalidades latinoamericanas, Madrid no compite para atraer esa inversión con las principales capitales de Europa, sino con ciudades de los Estados Unidos, es decir, con Nueva York, Los Ángeles, Miami, Houston, Dallas o Chicago, ¿por qué no México?

Para el mexicano, el lugar razonable para invertir y expandir su empresa es los Estados Unidos, no solo por ser nuestro vecino con quien compartimos más de 3 mil kilómetros de frontera, o porque ahí reside la diáspora de nuestros connacionales más numerosa en el exterior, sino principalmente porque su sistema favorece el desarrollo de negocios como ningún otro país en el mundo. Sin embargo, migratoriamente el camino es complicado en tiempos y condiciones. No así para el hispanoamericano que desea obtener la nacionalidad española, ya que solo dos años de residencia bastarían para poder solicitarla, cuando en Estados Unidos, al menos son cinco.

La opción de la “Golden visa española” ha resultado muy atractiva para el empresario mexicano, ya que se otorga al invertir 500 mil euros en un bien inmueble, con la gran ventaja de que no obliga a vivir en España. Muchos de ellos requieren por sus negocios seguir residiendo en México, con una gran ventaja comparada con los Estados Unidos, que no reconoce como vehículo migratorio invertir en un bien raíz, al menos que esos fondos se pongan en riesgo en un negocio, y una vez que se obtenga la residencia legal, se debe permanecer la mayor parte del tiempo en tal territorio.

En definitiva, España —Madrid en especial—, representa una oportunidad particularmente competitiva por su capacidad para atraer talento e inversión de empresarios latinoamericanos y en particular, de México.

Ante una abundante oferta de bufetes o especialistas en España se requiere un filtro, un encontrador de soluciones que se ajuste a las necesidades del inversionista latinoamericano y de un conector eficaz binacional que suavice el aterrizaje y entendimiento entre ambas culturas de negocios, a eso nos dedicamos en Binationalink.

Arturo Lavín Salazar

Licenciado en ciencias políticas y administración pública y maestría en derecho público por la Universidad Autónoma de Nuevo León, máster en gestión pública por la universidad Complutense de Madrid y DEA del doctorado en gobierno por el Instituto Ortega y Gasset, es el presidente y CEO de Binationalink, compañía que ofrece a empresarios latinoamericanos servicios de “soft landing” para hacer negocios en los Estados Unidos, Canadá y España.

arturo@binationalink.com
LinkedIn

El anteproyecto de la directiva “Whistleblowing” llega con numerosas ampliaciones

La Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, más conocida como Directiva “whistleblowing” se encarga de ofrecer una protección a las personas conocedoras de determinadas infracciones en el seno de las organizaciones públicas y privadas que se deciden a denunciarlas. De esta forma, el objetivo principal de la Directiva reside en apuntar los medios mínimos de protección de los denunciantes, para que puedan informar sobre infracciones sin el temor a posibles represalias, con la finalidad de no ver lesionados, así, sus derechos.

Anteriormente ya os informamos sobre esta Directiva, entonces pendiente de transposición a nuestra legislación, ahora nos ceñiremos exclusivamente a las ampliaciones del Anteproyecto.

Así, en fecha de 4 de marzo de este año el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva. A pesar de que vendrán más ampliaciones y modificaciones, ya se nos presenta con el mencionado Anteproyecto una orientación sobre la futura legislación española al respecto.

Se debe destacar como aspecto muy relevante la suavización de la terminología, dejando atrás el término “canal de denuncias”, pasando a la utilización de “sistema interno de información”. De la misma manera, se aleja del uso de la palabra “denunciante”, utilizando, en su lugar, “informante”.

En el ámbito objetivo de la aplicación de la norma, se observa una apertura en los canales de comunicación, no limitándose únicamente a quienes adviertan sobre infracciones en el marco del Derecho de la Unión, sino también en el resto del ordenamiento jurídico interno.

En lo que respecta al ámbito privado, son sujetos obligados las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores. Por su parte, en los grupos de empresas la sociedad dominante será la que decida la organización de los sistemas teniendo la posibilidad de compartir el sistema interno de información.

Por su parte, los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones que de ellos dependan, también serán sujetos obligados en la medida de que perciban fondos públicos para su gestión.

En el sector público se prevé para las Administraciones Públicas esta obligación, que incluye, entre otros, todos los órganos institucionales, sociedades y fundaciones que integran el sector público, y también la Casa de Su Majestad el Rey.

A pesar de que la Directiva permite dispensar a los Estados de eximir algunas obligaciones a municipios con población inferior a 10.000 habitantes, esta norma no contempla tal excepción, aunque sí la posibilidad de compartir medios para la recepción de informaciones con otros ayuntamientos también de menor población.

Se establecen, así, sistemas internos de comunicación como cauce preferente de información, destacándose, entre otros, requisitos como el uso asequible, las garantías de confidencialidad o la posibilidad de presentación escrita o verbal.

La protección hacia el informante de la que se viene versando -que tiene como requisito fundamental la existencia de buena fe o conciencia honesta-, se ofrece a través de la prohibición de represalias. Esta prohibición se hace efectiva a través de un listado enunciativo, no cerrado, en el propio texto legal, tales como medidas laborales, inclusión en listas negras, emisión de referencias negativas, amenazas, daños etc., que traerán como consecuencia la nulidad de pleno derecho del acto que se considere como represalia, sin perjuicio de otras acciones correctoras o dicha responsabilidad, con su correspondiente

reparación por daños y perjuicios e incluso sanción administrativa. Además, se recogen también medidas de apoyo y específicas de protección frente a las represalias, como el asesoramiento legal e incluso apoyo financiero y psicológico.

A su vez prevé el Anteproyecto la designación en las organizaciones de lo que denomina como “Responsable del sistema”, con el objeto de velar por el correcto funcionamiento de la gestión. Resultará obligatoria también la armonización del sistema con la legislación de Protección de Datos de carácter personal.

El Anteproyecto desarrolla, también, el sistema de denuncia a través, no del canal interno sino por la revelación pública que mencionaba la Directiva, definiéndolo y estableciendo las condiciones de protección en este medio específico.

La última novedad que introducirá la nueva norma es la creación de un organismo público encargado de velar por la efectividad de sus previsiones por medio de la Autoridad Independiente de Protección al Informante, organismo que estará adscrito al Ministerio de Justicia, ejerciendo, entre otras funciones, la potestad sancionadora ante los incumplimientos, así como la gestión de un canal externo de comunicaciones donde poder recibir la información de los denunciantes.

De esta manera, se cataloga un sistema de infracciones con una graduación de sanciones muy graves, graves o leves, con sus correspondientes plazos de prescripción.

Como conclusión, se avanza de manera tangible en la protección a las personas que informen sobre infracciones, tanto del Derecho de la Unión como de nuestro ordenamiento jurídico interno, con el objetivo de incrementar una cultura de respeto a la normativa y de reacción preventiva frente al fraude no sólo desde posiciones reactivas por medio de sanciones; para ello, es necesario que el sistema de gestión interna de la empresa se adapte ya a estas previsiones.

Ainhoa Aizkorreta Lozano

Licenciada en derecho por la Universidad de Deusto, máster de acceso a la abogacía por la Universidad de Deusto, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.aizkorreta@barrilero.es
LinkedIn

Posible nueva inconstitucionalidad del impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

En febrero de este año, el Tribunal Constitucional, admitió a trámite los recursos de inconstitucionalidad nº 825/2022 y 735/2022 planteados por los grupos parlamentarios PP y VOX, contra el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los escasos artículos del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, modifican el método de cálculo de la base imponible, los coeficientes para calcular el impuesto e introducen un supuesto de no sujeción al Impuesto de Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. La finalidad de dicho Real Decreto es, por lo tanto, dotar de contenido nuevamente al Impuesto de Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana cuyo método de cálculo, tras la sentencia del Tribunal Constitucional nº 182/2021, de 26 de octubre, ha sido declarado inconstitucional, deviniendo inaplicable en la práctica.

A continuación, se recogen los distintos argumentos que se esgrimen en los referidos recursos de inconstitucionalidad y que permiten intuir su posible estimación:

1. **La “urgente necesidad” de la reforma:** la exposición de motivos del Real Decreto-ley 26/2021 recoge que las especiales circunstancias bajo las que se aprueba, justifican la utilización de dicho instrumento, dado que el vacío legal existente provocaba una importante distorsión en el mercado inmobiliario. A lo que hay que sumar que la no tributación de este Impuesto había acelerado las operaciones en dicho mercado.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 59/2017, de 11 de mayo, ya se pronunció en relación con este Impuesto y ordenó la modificación de ciertos artículos de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, ya que la forma para determinar la existencia o no de un incremento susceptible de tributación es una competencia atribuida al legislador. En este sentido, la citada Sentencia dispone que: *“la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”*.

No cabe, por lo tanto, sostener que se trata de una reforma de carácter urgente, ya que, desde el año 2017, el Tribunal Constitucional viene instando que se regule por el legislador dicho impuesto.

2. **La vulneración de la reserva de Ley:** la Constitución, en su artículo 133 apartados 1 y 2, recoge la potestad del Estado para el establecimiento de tributos mediante leyes. Asimismo, el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece una reserva de Ley en el ámbito tributario y precisa que se regularán por ley los aspectos esenciales de los tributos, tales como el hecho imponible, el devengo, la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen, etc.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 26/2021, como ya se ha adelantado, viene a regular el método de cálculo de la base imponible, concretando los valores y los coeficientes aplicables al efecto, que tienen la consideración de “elementos esenciales del tributo”, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 221/1992, de 11 de diciembre, que dispone que “se

trata, en todo caso, de elementos esenciales para poder cuantificar la base imponible definida por el legislador, pues su ausencia impediría calcular adecuadamente el incremento de valor objeto del gravamen”. Por lo tanto, con el establecimiento de los valores y coeficientes necesarios para la determinación de la base imponible y la introducción de un supuesto de no sujeción, el Real Decreto-ley 26/2021 incide en elementos esenciales del tributo, incumpliendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

La admisión a trámite de los citados recursos plantea dos escenarios posibles. Por un lado, de estimarse el Recurso, supondría la expulsión del ordenamiento jurídico de los artículos afectados, creando de nuevo un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible lo que impediría la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo y, por tanto, su exigibilidad. En otras palabras, supondría que no se podrían practicar nuevas liquidaciones y que, aquellas dictadas al amparo de la normativa declarada inconstitucional que no hayan adquirido firmeza a la fecha de publicación de la Sentencia en el BOE podrían ser reclamadas. A estos efectos, tienen la consideración de “firmes” y, por tanto, no son susceptibles de reclamación:

- Las liquidaciones que a fecha de la Sentencia hayan sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o resolución administrativa firme.
- Las liquidaciones provisionales o definitivas no impugnadas con anterioridad al dictado de la Sentencia.
- Las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada.

En consecuencia, en todo caso, el contribuyente debería impugnar o solicitar la rectificación de su liquidación en aras a garantizar el eventual derecho a obtener la devolución de las cantidades liquidadas, en el supuesto de que se estime la inconstitucionalidad de la normativa impugnada. De desestimarse los recursos interpuestos, se seguiría aplicando el Real Decreto-ley 26/2021 y en todo caso, se podría desistir de las liquidaciones impugnadas.

Alex Mayorga Negrillo
Licenciado en derecho por la Universidad de Lleida, es miembro de la división de derecho administrativo e inmobiliario de Bufete Barrilero y Asociados.

a.mayorga@barrilero.es
LinkedIn

