CECA MAGÁN ABOGADOS

En este número:

Actualidad Normativa

2 La puesta en marcha de la plataforma europea de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo y su incidencia en la venta online, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.1 del Reglamento (UE) 524/2013

3 Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal

5 Instrucción de 9 de febrero de 2016 de la DGRN sobre cuestiones relacionadas con el nombramiento de auditores, y otras materias relacionadas

7 Patent Box: novedades fiscales introducidas en 2016

Actualidad Jurídica

10 Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015, sobre la obligatoriedad del depósito de cuentas desde la formalización de la escritura de constitución

11 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016

13 Sentencia de la Audiencia Provincial de 26 sobre derecho de suscripción preferente, valoración de aportaciones no dinerarias y cumplimiento de la normativa de las OPAs

Actualidad Normativa

1. La puesta en marcha de la plataforma europea de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo y su incidencia en la venta online, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.1 del Reglamento (UE) 524/2013

El pasado 15 de febrero, un mes antes de celebrarse el día internacional del consumo, inició su andadura la primera plataforma europea para la resolución alternativa de reclamaciones de consumo en línea, como medio alternativo de resolución de conflictos entre consumidores y comerciantes a modo de ventanilla única, y de carácter extrajudicial y gratuito.

La Comisión es la responsable del desarrollo, funcionamiento y mantenimiento de la plataforma y de proporcionar todos los medios técnicos necesarios para garantizar el funcionamiento de la misma, según se dispone en el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, relacionado con la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la misma fecha (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

Según dispone el propio Reglamento, la finalidad de la implementación de dicha plataforma no es otra que fomentar la confianza de los consumidores, incrementando el volumen de compras online, al existir un medio de resolución de conflictos cuyo uso sea tan sencillo como el propio proceso de compra.

Esto va a suponer que todos los sitios web de e-commerce de la Unión Europea:

a) revisen el cumplimiento de sus condiciones de tal forma que, en todo caso, sean acordes a la normativa vigente y por tanto de las obligaciones que les corresponden; e,

b) incorporen información y el enlace a dicha plataforma para su acceso por los consumidores.

Con la finalidad de que estas líneas puedan ser de la mayor utilidad posible, hemos accedido a dicha plataforma que tiene un contenido sencillo y disponible en todos los idiomas oficiales de las instituciones de la Unión Europea.

Lo primero que advertimos es que tanto un consumidor puede presentar una reclamación frente a una empresa y viceversa. Veamos cómo.

I. Si el reclamante es un consumidor y ha realizado una compra online, puede acceder a la plataforma en el caso de presentar una reclamación frente al vendedor, siempre que resida en la Unión Europea y la empresa tenga un establecimiento en ese mismo ámbito territorial.

Una vez que acceda a la plataforma deberá indicar: (i) si reside en la Unión Europea; (ii) si la reclamación se refiere a un producto o servicio comprado online; y, (iii) si la reclamación se formula en nombre propio o de otra persona.

Completado ese primer paso se accede al formulario de reclamación en tres fases:

a) Incorporando los datos de la empresa frente a la que se formula la reclamación e indicando si ya ha habido un contacto previo con la

empresa (algo que recomienda expresamente el propio Reglamento (UE) 524/2013).

b) Identificando el producto o servicio comprado, facilitando la fecha de compra, entre otros datos, así como, la identificación del tipo de reclamación y el contenido de la misma.

c) Facilitando los datos personales del reclamante y, en su caso, de la persona que actúa en nombre del consumidor y cuáles son sus pretensiones.

Una vez se cumplimente el formulario electrónico, el consumidor recibirá un correo electrónico confirmando la presentación de la reclamación y se remitirá a la empresa para que manifieste su aceptación a este sistema de resolución alternativa de conflictos y se designe a la entidad que se va a encargar de la tramitación, contando con la conformidad del vendedor y del consumidor. Dicho organismo habrá de proponer una solución en un plazo de noventa días.

Por otra parte, en la plataforma se pone a disposición del consumidor una serie de medios de contacto (correo electrónico, teléfono y fax) para la resolución de dudas y con ubicación en todos los países salvo –por el momento –en Francia, Alemania, Luxemburgo, Polonia y Rumanía.

En lo que se refiere a España, si bien si se han articulado los medios de contacto para plantear dichas consultas, aún no se ha designado a las Entidades de Resolución Alternativas de Conflictos, por lo que aún habrá que esperar para que tenga efectividad.

II. Si, por el contrario, el reclamante es una empresa también puede presentar reclamaciones frente a un consumidor siempre que el consumidor resida en Alemania, Bélgica, Luxemburgo o Polonia. Se plantea esta cuestión porque actualmente sólo se puede presentar una reclamación contra un consumidor en esos países.

Por el momento, aun tratándose de una iniciativa que tiene visos de mejorar la protección de los consumidores y en facilitar medios sencillos para la resolución de reclamaciones a nivel extrajudicial, habrá que esperar a ver qué impacto tiene esta plataforma y a su definitiva implantación en todos los países de la Unión Europea.

Mónica Muñoz González

Nuevas Tecnologías –Propiedad Intelectual e Industrial

2. Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015

La reciente Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, publicada el pasado 22 de enero de 2016, de la Fiscalía General del Estado (en adelante, la "FGE"), interpreta el alcance de la normativa tras la precitada reforma –a través de un análisis exhaustivo del artículo 31 bis –calibra la vigencia de la Circular 1/2011 e incide sobre la importancia de implementar modelos de organización y gestión adecuados en el seno de la empresa, o lo que es lo mismo, los conocidos programas de Compliance.

En primer lugar, la FGE dispone en la precitada Circular que a pesar de las reformas, podemos

seguir hablando de un mecanismo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por transferencia o de tipo vicarial – *"la persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros"* .

En segundo lugar, explica someramente qué personas físicas transfieren la responsabilidad penal a la persona jurídica, pues tras la mencionada reforma, se amplía el círculo de esas personas físicas a los representantes legales, a quienes estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica (por ejemplo, administradores de hecho, apoderados singulares y otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones), así como, a quienes ostentan facultades de organización y control (por ejemplo, el compliance officer). Asimismo, hace hincapié en el hecho de que con dicha reforma el legislador al sustituir el término "provecho" por "beneficio directo o indirecto" extiende la responsabilidad de la persona jurídica a entidades que obtengan beneficios a través de un tercero interpuesto y a todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

En cuanto a la sustitución llevada a cabo por el legislador del "debido control" por "haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control" , la FGE incide en la importancia de contar en el seno de la empresa con un programa de Compliance, pues dicho programa permite la *"rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo"* , a pesar de que el empresario seguirá ostentando los deberes de supervisión y vigilancia de la labor desempeñada por la persona o personas en la que ha delegado dichas funciones.

Asimismo, la FGE establece en dicha Circular que como los incumplimientos de escasa entidad quedarían fuera del ámbito penal, los mismos deberían ser castigados por vía administrativa y que al amparo de las Instrucciones 10/2005 y 1/2009, el propio Ministerio Fiscal podría comunicar a la autoridad administrativa aquellos incumplimientos de los cuales pudieran derivarse consecuencias administrativo – sancionadoras.

Con la Circular 1/2016, la FGE desarrolla el concepto de personas jurídicas imputables e inimputables y habla de tres categorías de personas jurídicas, así como, de las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad.

Por último, la FGE dedica gran parte de la citada Circular a recordar que los programas de Compliance deben establecerse en relación con cada empresa concreta, estableciendo un "traje a medida" según las necesidades, riesgos y características propias de cada una, no siendo válidos aquellos programas industrializados implantados a modo de seguro penal. Así, los programas deben ser claros, precisos y eficaces, redactados por escrito y enfocados a promover una verdadera cultura ética empresarial y no a evitar una posible sanción penal. Siendo imprescindible, a fin de evitar la pena, acreditar la adecuación del programa para el delito concreto, es decir, para el supuesto delito cometido.

La Circular también hace hincapié en las pautas que se deberán valorar a la hora de determinar si el programa de Compliance es eficaz, entre las que se puede destacar, principalmente, que el programa sea utilizado en la práctica y que influya en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados promoviendo una verdadera cultura de cumplimiento y un compromiso con la misma. Asimismo, se tendrá en cuenta a fin de medir la eficacia, la actuación de la empresa tanto en situaciones similares como al descubrir el delito. Del mismo modo, la FGE insiste en que las certificaciones de idoneidad del modelo no se traducen automáticamente en una exención de la

pena aunque se valorarán positivamente con el resto de pautas marcadas por la Circular.

Por su parte, si bien es cierto que la FGE reconoce que la redacción del Código Penal está ideada fundamentalmente para la mediana y gran empresa, recuerda que la pequeña empresa no se encuentra exenta de implementar estos programas de cumplimiento, aun cuando se suavizan los requisitos exigidos en este último caso. En concreto, se permite que las funciones del oficial de cumplimiento se desempeñen directamente por el órgano de administración.

Lo anterior se traduce en la obligación de las pequeñas empresas de adoptar modelos de organización y gestión que demuestren su compromiso ético de cumplir la Ley. Si bien es cierto que estos modelos no tendrán que ser de las mismas dimensiones que las grandes organizaciones deberán estar presentes en el día a día del negocio empresarial para poder beneficiarse de la eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica. Como bien se ha apuntado en varias ocasiones, la simple implantación no da pie a una impunidad sino que los programas deberán estar eficientemente controlados y desarrollados conforme a la actividad de la empresa.

Con todo, la FGE recuerda que cualquier acción ilícita tendente a conseguir un beneficio, directo o indirecto de la entidad, es susceptible de generar responsabilidad penal de la persona jurídica, sin necesidad de que este beneficio se produzca. Así, podrían ser declaradas penalmente responsables aquellas personas jurídicas que no hayan ejercido el debido control sobre sus empleados, cuando estos hayan llevado a cabo acciones que, aunque tendentes a beneficiarse a sí mismos o a terceros, hayan producido un beneficio siquiera tangencial para la empresa, ya sea económico, estratégico, intangible o reputacional.

Por todo ello, la implantación de un programa de Compliance, sea cual sea el tamaño de la empresa, es el primer paso para eximir de responsabilidad penal a la misma, estableciendo una cultura ética corporativa que será valorada muy favorablemente por la Fiscalía en caso de que se encuentre inmersa en un procedimiento penal.

Patricia Martínez Díaz

Resolución de conflictos: Litigación, Arbitraje y Mediación

3. Instrucción de 9 de febrero de 2016 de la DGRN sobre cuestiones relacionadas con el nombramiento de auditores, y otras materias relacionadas

La instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado se dicta con objeto de dar respuesta a algunas lagunas que existen en la regulación vigente en materia de auditoría de cuentas, tras la aprobación de la Ley 22/2015, de 20 de julio (en adelante, "LAC") y a falta de aprobación de un nuevo Reglamento del Registro Mercantil, como son las siguientes:

3.1 Comprobación del carácter de auditor. Es preceptivo antes de practicar la inscripción de un auditor de cuentas en la hoja registral de una sociedad, proceder con carácter previo, a comprobar la cualidad de auditor ejerciente por parte del nombrado cuya inscripción va a practicarse. Así, los datos de inscripción del auditor en el ROAC y el hecho de haber realizado la comprobación se hará constar en la inscripción

practicada y en la nota de despacho. En caso de auditor suplente, se reiterará el mismo procedimiento. Esta obligación entrará en vigor el 17 de junio de 2016.

3.2 Fijación de los honorarios. Ni en la LAC ni en el reglamento de desarrollo de la Ley de auditoría, aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, ni en las Normas Técnicas de Auditoria existe una previsión en relación con la cuantía especifica de los honorarios de los auditores de cuentas correspondientes a trabajos de auditoría de cuentas realizados o la forma y plazos de cobro de dichos honorarios. Excepto, en la Norma Técnica relativa al contrato o carta de encargo donde se mencionan los honorarios como elemento a incluir en el contrato de auditoria.

La instrucción dispone que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), en el ejercicio de su función de supervisión, elabora anualmente un informe sobre la situación de la auditoria y recoge el dato de facturación media por hora, que para el ejercicio 2014 se fijaba en 66,61 €. Sin embargo, debemos tener en cuenta que este informe se elabora a partir de datos aportados por los propios auditores y que en la fijación de los honorarios de un auditor deben tenerse en cuenta factores como la complejidad de los trabajos a realizar y el tiempo estimado del mismo.

Con base en lo anterior, la Instrucción señala que el registrador mercantil no se encuentra en condiciones de fijar la retribución que la sociedad debe realizar al auditor por sus trabajos. Por tanto, se plantea que para el supuesto que un registrador mercantil deba nombrar a un auditor de cuentas, deberá remitirse al boletín de ICAC, con carácter meramente informativo y advirtiendo que el importe concreto de los honorarios a devengar dependerá de la complejidad de las labores a realizar y el número de horas que se prevea para su realización.

3.3 Ampliación del plazo para la aceptación del encargo. En determinadas ocasiones el plazo de cinco días que recoge el artículo 334.2 del Reglamento del Registro Mercantil puede parecer insuficiente. De este modo y en aplicación de lo dispuesto en la normativa aplicable al procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, cuya normativa es de aplicación supletoria al Reglamento del Registro Mercantil, el registrador podrá conceder de oficio o a petición del auditor designado la ampliación de dicho plazo.

3.4 Entidades de interés público. El capítulo cuarto de la LAC establece las normas especiales aplicables a las entidades de interés público, por las que se establece unas limitaciones temporales máximas y mínimas de rotación externa e interna. Con la finalidad de que el registrador mercantil pueda ejercer el control sobre los periodos de contratación y el cumplimiento del deber de rotación en relación al nombramiento de auditores, resulta conveniente poner a su disposición una herramienta informática que le permita conocer si la entidad a que se refiere la actuación tiene el carácter de entidad de interés público. De esta manera, el Registrador tras comprobar la calificación de entidad de interés público de la sociedad en cuestión, podrá controlar el cumplimiento de los límites temporales en cuanto a la designación de auditor, así como, las prórrogas en su caso, tanto en relación a la rotación externa como a la interna.

3.5 Colaboración con el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Con la finalidad de cooperar con el ICAC, los registradores competentes deberán remitir a este Centro Directivo en el formato electrónico convenido, un listado de las sociedades y demás entidades inscritas en los Registros Mercantiles correspondientes, que junto a sus cuentas hubiesen

depositado informe de auditoría. Dicho listado deberá contener los datos identificativos de la sociedad, así como los datos relativos al auditor o sociedad de auditoría que hubiese verificado las cuentas. Esta remisión deberá llevarse a cabo dentro de los meses de agosto y febrero de cada año.

3.6 Constancia de la comunicación de los defectos que impiden la inscripción. Cuando se incumple el deber de depositar las cuentas anuales en plazo por concurrir un defecto a juicio del registrador mercantil, se obliga llevar a cabo la notificación correspondiente de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, cuando se pretenda iniciar un expediente sancionador como consecuencia del incumplimiento del deber de depósito de cuentas anuales, el ICAC puede requerir la acreditación por parte del registrador mercantil de haber realizado la comunicación de acuerdo a los términos reconocidos en la ley antes mencionada, así como, los recogidos en la ley relativa al Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3.7 Entrada en vigor. La instrucción entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es el 10 de febrero, salvo en lo relativo a la comprobación del carácter de auditor, entidades de carácter público y colaboración con el ICAC que entrará en vigor el día 17 de junio de 2 016.

En consecuencia, la citada instrucción trata de establecer parámetros más claros para reforzar el control más riguroso sobre la auditoría de cuentas

Esther Pérez García y Daniela Letort Dueñas

Derecho Corporativo, Compliance y Operaciones Societarias.

4. Patent Box: novedades fiscales introducidas en 2016

La capacidad innovadora de las empresas constituye un factor esencial en la economía de nuestros días, no sólo en lo que respecta al éxito de la propia compañía sino también en lo que se refiere al conjunto de la economía de un Estado, que verá incrementada su competitividad en un mercado hoy en día globalizado. Los Estados, conscientes de que la batalla por la innovación se libra a nivel global, se encargan de facilitar y promover la innovación y el desarrollo industrial dentro de sus fronteras a través de diferentes instrumentos legislativos, entre los que ocupan un papel primordial los regímenes de protección de propiedad industrial e intelectual y los incentivos fiscales.

La propiedad industrial e intelectual garantiza que las compañías que crean avances tecnológicos puedan obtener beneficios económicos que justifiquen la elevada inversión de recursos desplegada en la fase de investigación y desarrollo. De esta forma, se asegura la retribución del esfuerzo investigador, al tiempo que se posibilita la difusión del conocimiento que, en el futuro, hará germinar nuevos avances. Las propiedades especiales citadas se integran por una amplia variedad de regímenes de protección, entre los que ocupan un lugar destacado el sistema de patentes, el de modelos de utilidad, el de diseños industriales, el sistema marcario, el régimen de know-how o secreto industrial y el derecho de autor. La mayoría de estos regímenes conceden un monopolio sobre

la explotación de la innovación de que se trate, aunque temporalmente limitado.

Si el reconocimiento de tales propiedades sobre activos intangibles se erige como el presupuesto imprescindible para que compañías de cualquier sector inviertan en I+D+i, la implantación de incentivos fiscales potencia aún más las aspiraciones innovadoras de todo tipo de agentes del mercado. Y es que, tanto nuevas startups como grandes compañías internacionales, pasando por empresas de tamaño medio, ven espoleadas sus pretensiones de innovación gracias al incentivo fiscal usualmente denominado patent box. Este instrumento, introducido por primera vez en España en el artículo 23 de la Ley 16/2007, del Impuesto sobre Sociedades, permite que las rentas obtenidas con motivo de la cesión de determinados activos intangibles se beneficien de una condición especial: la aplicación de un sistema de reducción en la base imponible del Impuesto (concretamente, una reducción del 60% a las rentas procedentes de la cesión de activos intangibles).

Del tenor literal de tal precepto se extrae que la citada reducción se aplica exclusivamente en la cesión de ciertos intangibles: patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos y derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas (know-how) es, en consecuencia, una lista cerrada o numerus clausus. Por tanto, la cesión del derecho de uso o explotación de cualquier otro activo no indicado expresamente en dicha lista (tales como marcas, software y obras literarias, artísticas o científicas) no podrá beneficiarse de la figura objeto de este comentario.

A continuación se abordan las particularidades de este régimen de reducción, que ha sido recientemente actualizado por el legislador español para adaptar a la normativa interna las últimas bases sentadas por la OCDE en el marco del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting, que podríamos traducir como "merma de bases y deslocalización de beneficios"), concretamente, a la "Acción 5 – Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia en la normativa" . A tal efecto, se ha modificado el artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades mediante la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Los siguientes párrafos detallan las nuevas peculiaridades del patent box en comparación con el sistema anteriormente vigente.

En primer lugar, la redacción del citado precepto –que entrará en vigor el 1 de julio de 2016 –se ha visto modificada con el objetivo de introducir el denominado "criterio del nexo" ; criterio escogido por la OCDE para determinar la existencia de "actividad substancial" y determinar, por tanto, si un beneficio fiscal vinculado a la propiedad industrial está siendo aplicado de forma ilegítima o fraudulenta.

Dicha regla exige que la mayor parte de los gastos que generen ingresos sean incurridos por quienes pretendan disfrutar del incentivo fiscal.

Es en este punto donde se puede apuntar la primera novedad introducida en el artículo 23. En efecto, con anterioridad a la publicación de la Ley de Presupuestos para 2016, la Ley del Impuesto sobre Sociedades condicionaba la aplicación del beneficio fiscal a que la entidad cedente hubiera creado tales activos, al menos, en un 25 % de su coste. Si se igualaba o rebasaba dicho umbral, el 100% de la renta tendría derecho a la reducción (siempre que concurrieran los restantes requisitos, claro está).

Sin embargo, tras la reforma el porcentaje de inversión no condiciona la aplicación del incentivo, sino que solo la limita. Así, en síntesis, la reducción del 60% solo se podrá aplicar sobre el porcentaje

de la renta que resulte de dividir el importe de la participación directa de la entidad en la creación del activo intangible cedido (multiplicado por 1,3), entre los gastos totales ligados a dicho activo. A estos efectos, la fórmula aplicable será la siguiente (excluyéndose del coeficiente los gastos financieros, amortizaciones de inmuebles u otros gastos no relacionados directamente con la creación del activo):

Gastos Incurridos *1,3 / Gastos Totales

Donde, "Gastos Incurridos" son los gastos incurridos por el cedente directamente relacionados con la creación del activo (incluida la subcontratación con terceros no vinculados), y "Gastos Totales" los Gastos totales incurridos por el cedente (incluidos, los derivados de la subcontratación, tanto los vinculados como los no vinculados más la adquisición del activo).

En segundo lugar, se ha sustituido la previsión que impedía la aplicación de la reducción en el supuesto de transmisión del activo intangible entre empresas del grupo (en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio) por una referencia a entidades vinculadas, reduciéndose así el ámbito del disfrute de la reducción, por ser de mayor amplitud el concepto de entidad vinculada que el de empresa de grupo.

Finalmente, junto a la modificación del artículo 23, el legislador recoge un régimen transitorio para permitir al contribuyente optar por el sistema que le resulte más beneficioso cuando la cesión de los derechos de uso o explotación de los activos intangibles haya tenido lugar durante la vigencia de la normativa anterior o tenga lugar entre el 1 de julio de 2016 y el 30 de junio de 2021.

Javier Lucas Nieto y Laura Vicente Calvo

Derecho Fiscal y Tributario

Actualidad Jurídica

1. Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015, sobre la obligatoriedad del depósito de cuentas desde la formalización de la escritura de constitución

La Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariados (en adelante, "DGRN") de 23 de diciembre de 2015 ha resuelto en sentido negativo sobre el depósito de cuentas del 2014 de la una sociedad al entender que la misma debía presentar las cuentas de los ejercicios anteriores.

La citada resolución tenía como punto central el determinar si una sociedad escriturada en 2012 pero inscrita en 2014 debía presentar las cuentas de los ejercicios de 2012 y 2013 para poder depositar las cuentas del 2014.

La sociedad proyectaba que a pesar de que la sociedad fue constituida por medio de escritura pública de 23 de mayo de 2012 no fue hasta el 27 de mayo de 2014 cuando se inscribió en el Registro, adquiriendo desde este momento personalidad jurídica y a causa de lo anterior argüía que solo debía presentar las cuentas del ejercicio de 2014, por ser éste el primer periodo en que por adquirir personalidad jurídica le serían exigibles actos propios como el depósito de cuentas.

Sobre la base de los artículos 33 y 39 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "LSC") la sociedad consideraba que había devenido irregular por haber transcurrido más de un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución y que al no estar sujeta a la inscripción no podía estarlo de igual modo frente a las obligaciones de depósito de las cuentas, toda vez que no había adquirido personalidad jurídica hasta el momento en que decidieron inscribir la misma.

Frente a tales argumentos, la DGRN se avino de forma desestimatoria, al entender que desde la escritura de constitución la sociedad adquiría cierto grado de personalidad que hacía exigible dichas obligaciones.

Estas consideraciones se sostienen, en palabras de la DGRN, en doctrina mayoritaria y jurisprudencia que apoya este punto de vista. A este respecto, se cita expresamente, entre otras, la Resolución de 14 de febrero de 2001 o la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2010. Con independencia de lo anterior, la DGRN señala que de ciertos preceptos legales resulta que las sociedades mercantiles en se encuentran en formación o que tienen el carácter de irregulares gozan de personalidad jurídica suficiente para adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ejercitar acciones.

Del mismo modo y con base en el artículo 116 del Código de Comercio, el mencionado órgano sostenía que la inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran "su especial personalidad jurídica" , esto es, la que les correspondería según el tipo social por el que opten –ello no excluye la personalidad jurídica en abstracto, aplicable al caso que nos ocupa –y la que resulta determinante de cara a exigir el depósito de las cuentas de los ejercicios de 2012 y 2013.

En conclusión, la DGRN señala que en la propia constitución de la sociedad se recogía como fecha de comienzo de las operaciones el día de otorgamiento de la escritura de constitución. Por lo

que al reconocerse personalidad jurídica a la sociedad desde su escritura de constitución, en mayo de 2012, le es exigible el depósito de las cuentas de los ejercicios precedentes para poder depositar las del ejercicio de 2014.

Jaime Hidalgo Labat

2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el "TEDH") se ha pronunciado recientemente señalando que las empresas pueden controlar el correo electrónico corporativo de sus empleados sin que ello vulnere su derecho a la intimidad, pudiendo tomar medidas disciplinarias contra aquellos trabajadores que infrinjan el código interno de la empresa.

En el caso enjuiciado el trabajador venía prestando sus servicios en el departamento de ventas de la compañía, éste, por orden de la empresa, creó una cuenta de un operador externo para responder a las consultas de los clientes. El 13 de julio de 2007, la compañía informó al trabajador que las cuentas habían sido monitorizadas y que en los registros efectuados quedó demostrado que había utilizado los medios informáticos empresariales con fines personales.

La empresa procedió a despedir al trabajador por infringir el código de conducta de la empresa, ya que en el mismo se establecía que, *"está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina en las instalaciones de la empresa y especialmente (...) el uso de ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos, telex y faxes para usos personales"* .

El trabajador presentó una demanda ante los Tribunales de Rumanía alegando la nulidad del despido, al considerar que se había vulnerado su intimidad y el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, con base en el artículo 8 del TEDH, que establece que: *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"* .

Los tribunales nacionales rechazaron la demanda presentada por el antiguo empleado, declarando la procedencia del despido, ya que, había sido informado por la empresa sobre la prohibición de usar los medios informáticos empresariales para usos personales, considerando los Tribunales que el registro de su correo era el único medio para comprobar si había existido vulneración de la normativa interna.

El Tribunal de Apelación de Bucarest desestimó el recurso presentado por el trabajador, alegando: en primer lugar, que el empresario tiene el derecho y la obligación de garantizar el funcionamiento de la empresa y que, por lo tanto, tiene derecho a comprobar la forma en que sus empleados realizan sus tareas profesionales y ,en segundo lugar, que el empresario ostenta el poder disciplinario y el derecho para monitorizar y transcribir las comunicaciones en la aplicación que el empleado negó haber utilizado para fines personales, tras haber sido advertido de la prohibición del uso de recursos de la empresa para fines personales.

Por lo anterior, puede considerarse que la violación de su correspondencia era la única manera de lograr este objetivo legítimo y que existe

el equilibrio adecuado entre la necesidad de proteger su vida privada y el derecho del empleador para supervisar el funcionamiento de su negocio.

De este modo, el Tribunal de Bucarest concluyó que el supuesto que se sometía a su consideración no contempla ningún elemento que indicase que las autoridades nacionales no habían logrado alcanzar un equilibrio justo, dentro de su margen de apreciación, entre el derecho del demandante respecto de su vida privada en virtud del artículo 8 del TEDH y los intereses del empresario, por lo que, no había habido violación del citado precepto.

Agotadas todas las instancias nacionales el trabajador decidió acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal acordó que la sentencia del Tribunal de Apelación de Bucarest no vulneraba el derecho del trabajador a la vida privada.

Además, éste último tribunal consideró que la monitorización había sido proporcional y razonable y que prevalecía el derecho de la empresa a comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales frente a la intimidad y secreto de las comunicaciones del empleado.

Por otra parte, para efectuar tal ponderación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también tuvo en cuenta que la propia normativa interna preveía la prohibición de emplear para usos personales los medios puestos a disposición de sus trabajadores. Asimismo, cabría señalar que en ningún momento los tribunales han hecho mención alguna al contenido de dichas comunicaciones objeto de monitorización, únicamente se han utilizado las transcripciones a efectos de acreditar que el interesado había utilizado el ordenador de la sociedad para fines privados y durante el horario de trabajo.

Del mismo modo, debemos destacar, la argumentación el único voto particular discrepante, que señala que no se había probado que se hubiera informado suficientemente al empleado de la monitorización de los medios de la empresa, sino sólo de la prohibición de uso para fines personales, y que tampoco se había valorado debidamente la naturaleza sensible de las comunicaciones.

Por último, debemos resaltar que lo fundamental de este caso es la existencia de un código interno en la empresa que prohíbe una serie de conductas, entre las que se encuentra el uso del correo corporativo para fines personales y la posibilidad de monitorizar e investigar el uso de estas herramientas cuando se tenga sospechas del uso indebido de las mismas.

María Urgoiti Martel

Nuevas Tecnologías –Propiedad Intelectual e Industrial

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de 26 sobre derecho de suscripción preferente, valoración de aportaciones no dinerarias y cumplimiento de la normativa de las OPAs

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2015 versa sobre la impugnación de una serie de acuerdos adoptados en Junta General de la sociedad demandada. Esta impugnación se lleva a cabo mediante demanda planteada por un accionista de la primera sociedad, por medio de la cual se pretende la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de los acuerdos adoptados en la Junta celebrada el día 29 de octubre de 2010. Como consecuencia de lo anterior el Tribunal desestima las pretensiones planteadas por la demandante, en los términos que se expondrán en este artículo, llegando a las siguientes conclusiones:

a) Un aumento de capital por compensación de créditos no implica un aumento con cargo a aportaciones dinerarias y, en este sentido, la sociedad no tiene la obligación de respetar el artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante "LSC") en cuanto al cumplimiento del derecho de suscripción preferente.

b) La diferencia del precio de las acciones entre uno y otro aumento de capital acordado, no se entiende realizado en perjuicio del interés social a pesar de la dilución de la participación de ciertos accionistas, ya que se trata de una serie de medidas adoptadas para lograr el reequilibrio de una sociedad que se encuentra en la situación de preinsolvencia.

c) No hay vulneración del artículo 69 de la LSC respecto al método de valoración de las participaciones preferentes aportadas en la ampliación de capital, esto es atendiendo al precio medio ponderado al que hubieran sido negociadas en uno o varios mercados regulados. Ya que al concurrir circunstancias excepcionales que afecten al precio, estas deberán ser valoradas por medio de informe de experto independiente.

d) El hecho de que un grupo de accionistas titulares de más del 30% del capital social de la sociedad demandada vote de una determinada forma no presupone la existencia de concierto alguno, ni la existencia de pacto parasocial para tomar el control de la compañía, teniendo en cuenta la situación económica que padecía la sociedad.

Como hechos del caso, cabe mencionar que la sociedad demandada atravesaba una crítica situación económica desde el año 2008, que conllevó a la apertura de un proceso de refinanciación de la deuda. En el marco de este proceso se celebraron dos juntas. En la primera de ellas celebrada el 20 de mayo de 2010, se acordó una doble ampliación de capital, respecto a la primera ampliación se acordó que la misma se realizaría mediante compensación de créditos titularidad de entidades financieras que estaban inmersas en el proceso de refinanciación. La segunda ampliación de capital estaba prevista que se realice mediante aportaciones dinerarias, con la particularidad que a la misma no podrían concurrir las entidades financieras que habían consentido la compensación de créditos en la primera ampliación.

La primera ampliación efectuada con compensación de créditos, se ejecutó con normalidad y como resultado de esta las entidades que concurrieron a la misma, pasaron de ser

titulares de un 5% a ostentar un 65% del capital. La segunda ampliación de capital no se llegó a ejecutar como consecuencia de la Junta celebrada el 29 de octubre de 2010, la cual es objeto de impugnación. En esta Junta se adoptaron los siguientes acuerdos:

a) La revocación del segundo acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta de 20 de mayo de 2010.

b) Un aumento de capital mediante aportaciones no dinerarias consistente en la aportación de participaciones preferentes de una sociedad parte del grupo de la sociedad demandada, sin derecho de suscripción preferente, este aumento de capital se realiza mediante la emisión y puesta en circulación de nuevas acciones ordinarias de 0,50 euros de valor nominal, y una prima de emisión basada en los precios medios ponderados de cotización.

c) Un aumento de capital mediante aportaciones dinerarias con derecho de suscripción preferente, por un valor nominal de 0,50 euros y sin prima de emisión.

d) Un aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias consistente en compensación de créditos por un valor nominal de 0,50 euros por acción y sin prima de emisión.

La argumentación utilizada por el Tribunal para llegar a las anteriores conclusiones se resume en los siguientes puntos:

3.1 Cumplimento del Derecho de suscripción preferente. La parte demandante ha considerado que el acuerdo de ampliación de capital con compensación de deudas adoptado en la primera Junta constituye un fraude de ley, al considerar que el mismo permite eludir el derecho de suscripción preferente y considera que el segundo aumento de capital acordado, posteriormente revocado, tenía la finalidad de compensar la exclusión del derecho de suscripción preferente en el primero. Sin embargo, no ejecutar el mencionado acuerdo y aprobarse una tercera ampliación de capital, a la cual también podían concurrir los accionistas que acudieron al aumento con compensación de deudas, tuvo como consecuencia que los accionistas que no tenían créditos contra la sociedad y no pudiera ejercitar el derecho de suscripción preferente en los términos acordados en el primer momento. De esta manera lo que la parte demandante buscaba era la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta de 29 de octubre de 2010 relativo a la revocación del acuerdo sobre ampliación de capital con aportaciones dinerarias acordado en la primera Junta de 20 de mayo de 2010.

En este sentido, el tribunal ha entendido que el artículo 304.1 de la LSC circunscribe el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones que se hagan únicamente con cargo a aportaciones dinerarias. Por lo tanto, la cuestión versa en torno a la determinación de la compensación de deudas como aportación dineraria. Frente a esto, el Tribunal entiende que con independencia de la exacta naturaleza jurídica del aumento de capital por compensación de créditos, lo fundamental es que las aportaciones dinerarias requieren nuevas aportaciones dinerarias y en este caso la compensación de créditos no incorpora a la sociedad nuevos fondos dinerarios sino que capitaliza deudas frente a la sociedad.

Por lo anterior, el Tribunal rechaza que el aumento de capital por compensación de créditos exija el reconocimiento del derecho de suscripción preferente, lo que conlleva concluir que tanto este acuerdo como el acuerdo de revocación del aumento de capital acordado en la primera Junta no implican un fraude de ley.

3.2 La diferencia en el precio de las acciones entre uno u otro acuerdo no implica perjuicio al interés social. La parte demandante considera que la diferencia entre el precio de la acción fijado en el acuerdo de aumento de capital revocado (1,50 euros siendo 0,50 el valor nominal y 1 euro la prima de emisión) y el fijado en el acuerdo de ampliación de capital contra aportaciones dinerarias impugnado en este caso (0.50 euros sin prima de emisión), causa un perjuicio al interés social junto con la dilución del valor de la acción que supone esta diferencia para los accionistas que no pudieron acudir a la ampliación de capital por compensación de créditos, al aprobarse posteriormente un aumento de capital sin prima de emisión.

En este sentido, el Tribunal entiende que para valorar el supuesto perjuicio causado al interés social es imprescindible tener en cuenta la delicada y extraordinaria situación económica que atravesaba la entidad demandada. El interés social de ese momento consistía en dar cumplimiento a los acuerdos de refinanciación alcanzados para obtener el reequilibrio de los fondos propios que se pretendía lograr por medio de los acuerdos impugnados. De tal manera que, si se mantenía el precio de las acciones establecido en el primer acuerdo no se habría alcanzado la suma necesaria para dar cumplimiento al acuerdo de refinanciación, ya que para garantizar el éxito de la emisión de acciones muchas veces la sociedad se ve obligada a emitir las mismas con descuento.

Por ello, no se aprecia el carácter abusivo del acuerdo con la finalidad de diluir la participación de ciertos socios ni de causar un perjuicio a la sociedad, al tener en cuenta la situación económica de la sociedad y la necesidad de refinanciación de la misma.

3.3 Valoración de las acciones preferentes aportadas por medio de informe de experto independiente al concurrir circunstancias excepcionales. En el recurso planteado se entiende vulnerado el artículo 69 de la LSC, el cual establece que cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro regulado o que se trate de instrumentos del mercado monetario, estos deberán ser valorados al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de realización efectiva de la aportación. En este caso en concreto, la valoración de las participaciones se realizó por medio de informe de experto independiente, motivo por el cual el apelante considera vulnerado el artículo antes mencionado.

El mencionado precepto contempla que en el caso que el precio medio ponderado se vea afectado por circunstancias excepcionales que modifiquen significativamente el valor de los bienes en la fecha de la aportación, se deberá realizar la valoración por medio de informe de experto independiente. En este caso, el Tribunal considera que concurrían circunstancias que determinaban una alteración del valor de mercado de las participaciones preferentes respecto de su valor real, por la posible insolvencia de la sociedad a las que pertenecían. Estas participaciones pertenecen a una sociedad parte del grupo de la entidad demandada, por lo que su situación dependía del cumplimiento del acuerdo de refinanciación, de tal forma se entiende que el cumplimiento de este acuerdo constituye una circunstancia que modifica significativamente el valor razonable de las participaciones preferentes. Por lo que el Tribunal desestima el supuesto incumplimiento del artículo 69 de la LSC.

3.4 Infracción de la normativa de las OPAs obligatorias. En este caso el demandante busca la nulidad de todos los acuerdos al considerar que determinado grupo de accionistas titulares de más

del 30% de capital social de la entidad demandada se han concertado para tomar el control de la sociedad, por medio de un pacto parasocial. Así, el demandado entiende que la sociedad tiene la obligación de formular una OPA sobre la totalidad de las acciones de la sociedad demandada.

El supuesto pacto parasocial resulta del voto coincidente de determinados accionistas. No obstante, esta situación se da en relación al cese de determinados administradores como consecuencia de conductas causantes de un grave daño a la sociedad. Ante este supuesto, el Tribunal es tajante al entender que de ninguna manera en este caso existe un pacto parasocial.

En esta misma línea, el Tribunal entiende que ante la situación económica que padecía la sociedad, el hecho que voten favorablemente ciertos accionistas respecto a las medidas necesarias para el cumplimiento de las condiciones suspensivas del acuerdo de refinanciación, no presupone un pacto parasocial y reconoce que el control se presupone cuando la participación de los accionistas que actúan concertadamente es igual o superior al 30% del capital, en este caso, los accionistas que votan coincidentemente superan dicho porcentaje.

Asimismo, se entiende que la toma de control debe ser acreditada y el supuesto acuerdo, ya sea este expreso o tácito, verbal o escrito debe quedar debidamente probado. A esto se suma la necesidad de probar un elemento intencional en cuanto el acuerdo debe tener como finalidad la toma de control de la sociedad cotizada. Aunque, en este caso no ha quedado acreditada ni la existencia de un acuerdo ni la intención de tomar el control de la sociedad. Por lo que, queda desestimada igualmente esta pretensión.

Por todo lo expuesto se puede concluir que el Tribunal considera: (i) que un aumento de capital por compensación de créditos no exige el reconocimiento de suscripción preferente como establece la ley para el caso de ampliación de capital por aportación dineraria; (ii) que una variación del precio de acciones establecido en una y otra junta no implica perjuicio para ninguno de los accionistas el tener en cuenta la situación económica crítica por la que atraviesa la sociedad; (iii) que la posible insolvencia de la sociedad es una circunstancia excepcional que afecta al valor de las acciones, por lo que las acciones preferentes aportadas serán valoradas por medio de informe de experto independiente; y, (iv) que los accionistas voten de la misma manera, al tener en cuenta la situación económica de la sociedad no implica un pacto parasocial y, por tanto, no se debe dar cumplimiento a lo establecido en la ley de OPAS referente al control de las sociedades.

Daniela Letort Dueñas

Derecho Corporativo, Compliance y Operaciones Societarias.

CECA MAGAN ABOGADOS

Esther Pérez García

eperez@cecamagan.com

+ (34) 91 345 48 25

El presente Boletín Informativo ha sido elaborado con fecha 31 de marzo de 2016. El mismo tiene carácter informativo y no supone asesoramiento jurídico directo por parte de CECA MAGÁN ABOGADOS.