Economist & Jurist

Año XXIV | nº 204 | Octubre 2016

www.economistjurist.es

Cómo posicionar a mi despacho en Google

Las Nuevas leyes Administrativas

Lo que dicen los jueces para aplicar la guarda y custodia

Cómo reclamar productos financieros

Grupo difusión

Síguenos en:

Facebook Twitter

LEGAL TOUCH

crear presente
proyectar futuro

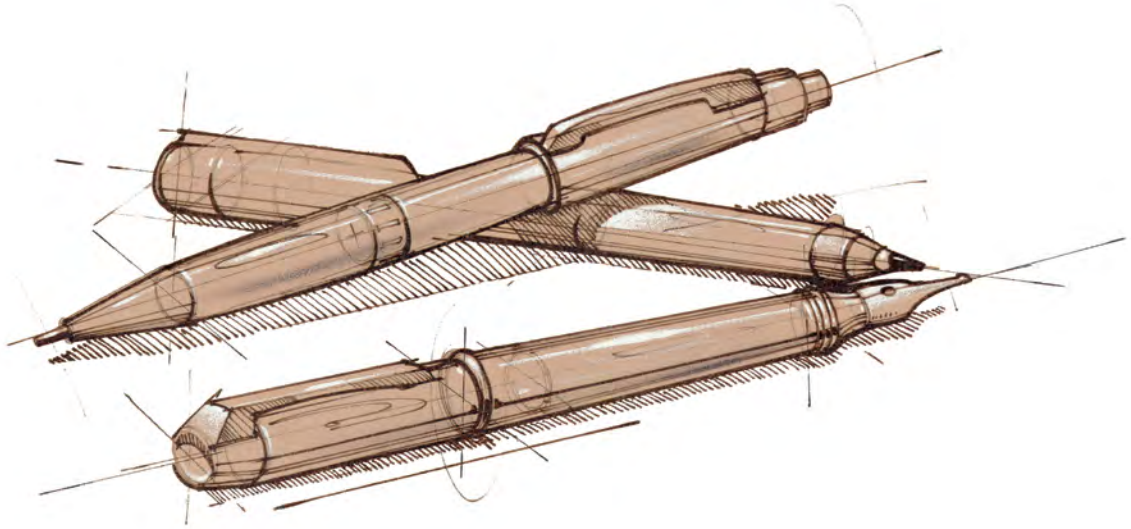
Josefa García Lorente
Josefa García Lorente Abogados

abogados / consultores

Otoño con reformas

El otoño que ahora estrenamos, nos trae la entrada en vigor (el 2 de octubre) de la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo y Común de las Administraciones Publicas y de la ley 40/2015 sobre el Régimen Jurídico del Sector Público. La importancia de estas nuevas normas trasciende al propio ámbito administrativo; todos los abogados y operadores jurídicos en general, con independencia de su especialidad deben estar informados sobre las novedades que incorporan las leyes mencionadas. En este sentido, los socios del despacho BM&A-DRL, Don Luís García del Rio (Abogado del Estado en excedencia) y Don Salvador Jiménez Bonilla (Abogado del Estado) publican en este número de nuestra revista un práctico y preciso artículo sobre esta materia. Destacan los autores, que "*...la principal novedad de esta reforma consiste en sistematizar y profundizar en la regulación de la administración electrónica y el marco de relaciones con los ciudadanos a través de la red, hasta ahora parcial y separadamente contemplada en la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Ley 11/2007 de 22 de Junio…* ".

direccioncontenidos@difusionjuridica.es



Si como suscriptor tiene interés en que tratemos algún tema, escríbanos a **economist@difusionjuridica.es**

04 **INFORMACIÓN AL DÍA**
Selección de novedades Legislativas y Jurisprudenciales a modo de flash informativo, sin ánimo de exhaustividad.

18 **EN PORTADA**
Nuevas leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público. Por Luis García y Salvador Jiménez

DERECHO ADMINISTRATIVO
26 -La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de la jurisprudencia. Por Plácido Molina y Pompeyo Gabriel Ortega
18 -Nuevas leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público. Por Luis García y Salvador Jiménez

38 **DERECHO CIVIL**
Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos. Por Ángela Urbón

46 **CASOS PRÁCTICOS**
Demanda de modificación de medidas de un divorcio de mutuo acuerdo

52 **DERECHO LABORAL**
La retribución del periodo de vacaciones anuales. Por Jesús R. Mercader

DERECHO MERCANTIL
60 - Los préstamos participativos: ¿qué ocurre cuando se garantizan? Por Ignacio Echenagusia y Pilar París
66 - Productos financieros complejos: cómo se puede reclamar por ellos. Por José Baltasar Plaza
72 - Arbitraje y concurso en el nuevo Reglamento de Insolvencia a partir de la introducción de la regla específica del artículo 18 del Reglamento (CE) Nº 848/2015. Por Juan Manuel de Castro y Carlos Hernández
80 - El derecho de preferencia en las ampliaciones de capital por compensación de créditos en las sociedades de responsabilidad limitada. Por Ana Alonso

18 **EN PORTADA**
Nuevas leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público

La entrada en vigor el 2 de octubre de las Leyes 39/2015 y 40/2015, respectivamente del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público, constituye un elemento de enorme trascendencia que va a afectar al día a día de miles de ciudadanos y empleados públicos que diariamente durante décadas han tenido en la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, un marco normativo de referencia y relación.

86 **HABILIDADES ABOGACÍA**
Guía rápida para posicionar un despacho de abogados en Google. Por María Jesús González-Espejo y Daniel Bermejo

94 **NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS**

96 **NOVEDADES EDITORIALES**

Economist & Jurist
www.economistjurist.es

Centro de Gestión del Conocimiento
Director: Jorge Pintó Sala
Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara
Vocales: Maite Pérez Marín, María Martín-Viveros García.

Consejo Editorial
García de Enterría, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Checkaudit, García de Ceca, Antonio Pérez, Garrigues, Córdoba Roda/Rodríguez Morullo, Angel Bonet, AGM Abogados, Gómez Acebo & Pombo, Manuel Delgado, Fernando P. Méndez, Carlos González, J. Martrat Sahuquillo, Eloi García, Rodrigo de Larrucea, Carlos de la Mata, Cremades & Calvo Sotelo, Manuel J. Silva, J. Fco. Corona Ramón, J. Blanco Campaña, P. Tuset del Pino, Sanz Delgado, Paloma Pérez, Sánchez-Stewart Abogados, Sánchez De Movellán, Juan Pérez, Marta Insúa, Ángel Sáez, Pedro Estefanell Coca y Alfonso López Pelegrín, Écija Abogados, J. Alonso-Cuevillas, J. Guivernau, A. Hernández Moreno, A. Negre Villavechia, J. Piqué Vidal, R.Jiménez de Parga, Jausàs Martí, F. Casado Juan, J.Ros Petit, Francisco Marhuenda, Pedro Martín, Manuel Cobo del Rosal.

Consejo Asesor
Miguel Montoro, Joaquín Abril, Esther Ortín, L. Usón-Duch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, Mª Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio Fernández de Buján, J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Alejandro Tintoré, José Mª Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabarri, Xavier O'Callaghan, Carles Basteiro-Bertoli, Javier Gómez Bermúdez, Jorge Navarro, José Ricardo Pardo Gato, Oscar Calderón de Oya, Alfonso Ortega Giménez, Jordi Bacaria y Marta Insúa.

Presidente G. Difusión
Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración
Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L.
Paseo del Rey, 22, oficina 2 - 28008 Madrid
Tel: 91 426 17 84 - Fax: 91 578 45 70
clientes@difusionjuridica.es

Ronda General Mitre, 116, Bajos - 08021 Barcelona
economist@difusionjuridica.es
www.economistjurist.es
CIF: A59888172 - Depósito Legal: M-29743-2015

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834
ayuda@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación
Fabio Heredero Barrigón

Exclusiva de publicidad
Comunicación Integral y Marketing para Profesionales
Calle Magallanes nº 25, 28015 Madrid
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021
info@cimapublicidad.es - www.cimapublicidad.es

Impresión
Rotoatlántica

Edita: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.

Grupo difusión

La editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad S.L., a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Economist&Jurist, o partes de ellas, sean utilizada para la realización de resúmenes de prensa.
Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicaciónpública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Economist&Jurist, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.
Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, SL. no comparte necesariamente las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos publicados. El uso del contenido de esta revista no sustituye en ningún caso la consulta de la normativa vigente ni a un profesional especialista en la materia.

CIMA Publicidad
AEEPP
CEDRO

INFORMACIÓN AL DÍA

SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
  Legislación
  – *Ley del Procedimiento Admtivo. Común ... 04*
  – *Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.. 06*
  – *Directiva de seguridad de información en la UE.... 06*
  Jurisprudencia
  – *Administración tributaria..... 08*
- AL DÍA CIVIL
  Legislación
  – *Nueva aplicación informática registral 09*
- AL DÍA FISCAL
  Legislación
  – *Estructura de la AEAT 09*
- AL DÍA LABORAL
  Legislación
  – *Modelo de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 10*
- AL DÍA MERCANTIL
  Jurisprudencia
  – *Responsabilidad concursal 11*
  – *Responsabilidad..... 11*
- AL DÍA PENAL
  Jurisprudencia
  – *Delitos contra la salud pública 12*
- AL DÍA PROCESAL
  Jurisprudencia
  – *Derecho a no declarar 13*
- AL DÍA SOCIAL
  Jurisprudencia
  – *Derecho de huelga 14*
  – *Derecho de indemnización 14*
  – *Contratación temporal 15*
- SUBVENCIONES
  Estatales
  – *Recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo..... 15*
  – *Subvenciones para congresos y otras actividades de promoción de la ciudad de cuenca... 15*
  – *Subvenciones a asociaciones judiciales ... 16*
  – *Subvenciones para investigaciones sociológicas ... 16*
  Autonómicas
  – *Subvenciones para la contratación por cuenta ajena de trabajadores desempleados en Aragón 16*
  – *Subvenciones para emprendedores que se establezcan como autónomos, o que pongan en marcha microempresas en Aragón..... 16*
  – *Ayudas para la vivienda habitual de personas en situación de riego de exclusión social en Cataluña 16*
  – *Ayudas para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía..... 16*

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN REGULADO POR LA LEY 39/2015, SE RESOLVERÁ EN UN PLAZO DE 30 DÍAS

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

Resulta clave contar con una **nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo**, que clarifique e integre el contenido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, **y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico**.

Por otro lado, una de las novedades más importantes de la Ley es la **separación entre identificación y firma electrónica** y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, **con carácter general, sólo será necesaria la primera, y** se exigirá **la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado**. Se establece, con carácter básico, un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones.

¡ATENCIÓN!

"TENDRÁN OBLIGACIÓN DE RELACIONARSE CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS LAS PERSONAS JURÍDICAS, LAS ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA, LOS ABOGADOS EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD PROFESIONAL, QUIENES REPRESENTEN A UN INTERESADO OBLIGADO A ELLO Y LOS PROPIOS EMPLEADOS PÚBLICOS PARA SU ACTUACIÓN EN CONDICIÓN DE TALES". MÁS INFORMACIÓN EN ARTÍCULO DE EN PORTADA PÁGS. 18-25

El título I, de los interesados en el procedimiento, regula entre otras cuestiones, las especialidades de la **capacidad de obrar** en el ámbito del Derecho administrativo, **haciéndola extensiva** por primera vez **a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos** cuando la Ley así lo declare expresamente.

El título II, de la actividad de las Administraciones Públicas, se estructura en dos capítulos. El capítulo I sobre normas generales de actuación identifica como novedad, los **sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas**.

El capítulo II, de términos y plazos, establece las reglas para su cómputo, ampliación o la tramitación de urgencia. Como principal novedad destaca la **introducción del cómputo de plazos por horas** y la declaración de los **sábados como días inhábiles**, unificando de este modo el cómputo de plazos en el ámbito judicial y el administrativo.

El título III, de los **actos administrativos**, se estructura en tres capítulos y se centra en la regulación de los **requisitos** de los actos administrativos, su **eficacia** y las reglas sobre **nulidad y anulabilidad**, manteniendo en su gran mayoría las reglas generales ya establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Merecen una mención especial las novedades introducidas en materia de **notificaciones electrónicas**, que serán preferentes y se realizarán en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, según corresponda.

El título IV, de disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, se estructura en siete capítulos y entre sus principales novedades destaca que **los** anteriores **procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial** que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regulaba en títulos separados, ahora **se han integrado como especialidades del procedimiento administrativo común**. De acuerdo con la sistemática seguida, los principios generales de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, **se regulan en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público**.

Asimismo, este título incorpora a las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento el **uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos**. Igualmente, se incorpora la regulación del **expediente administrativo** estableciendo su **formato electrónico** y los documentos que deben integrarlo.

Como novedad dentro de este título, se incorpora un

nuevo Capítulo relativo a la **tramitación simplificada del procedimiento administrativo común**, donde se establece su ámbito objetivo de aplicación, el plazo máximo de resolución que será de **treinta días** y los trámites de que constará.

El título V, de la **revisión de los actos en vía administrativa**, mantiene las mismas vías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, permaneciendo por tanto la **revisión de oficio** y la tipología de **recursos administrativos existentes** hasta la fecha (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión). No obstante, cabe destacar como novedad la posibilidad de que **cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial** contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, **el órgano administrativo podrá acordar la suspensión** del plazo para resolver **hasta que recaiga pronunciamiento judicial**.

De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, **la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral**, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas.

LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, ESTABLECE UNA MAYOR TRANSPARENCIA EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

Se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y la **regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas**.

La presente Ley responde al segundo de los ejes citados, y abarca, por un lado, **la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo**, aplicable a todas las Administraciones Públicas; y por otro, el **régimen jurídico específico de la Administración General del Estado**, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado.

El Título Preliminar regula pormenorizadamente el régimen de los **órganos administrativos**, tomando como base la normativa hasta ahora vigente contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que se incorporan ciertas novedades. La creación de órganos **solo podrá hacerse previa comprobación de que no exista ninguna duplicidad con los existentes**.

También se incorporan en este Título los principios relativos al ejercicio de la **potestad sancionadora** y los que rigen la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada **«responsabilidad patrimonial del Estado Legislador»** por las **lesiones** que sufran los **particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales** o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la **indemnización** que corresponda.

La disposición final quinta de la presente ley, **modifica** el apartado 1 del artículo 3 de la **Ley** 22/2003, de 9 de julio, **Concursal**, añadiendo que **si el deudor fuera persona jurídica**, será competente para decidir sobre **la solicitud de declaración de concurso el órgano de administración o de liquidación**.

También se modifican los artículos 34 ter y quáter de la Ley Concursal sobre el **régimen y dotación de la cuenta de garantía arancelaria**; así como el artículo 90.1.6º sobre los **créditos garantizados con prenda** constituida **en documento público y constituida sobre créditos futuros**.

SE ESTABLECEN REQUISITOS MÍNIMOS COMUNES EN LA UNIÓN EUROPEA SOBRE SEGURIDAD DE LAS REDES Y SISTEMAS DE INFORMACIÓN EN EL MERCADO INTERIOR

Directiva (ue) 2016/1148 del parlamento europeo y del consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. (Diario Oficial de la Unión Euorpea de 19 de julio de 2016)

Las redes y sistemas de información, principalmen-

NOTA IMPORTANTE

"TODOS LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD DISPONDRÁN, COMO ELEMENTO AUXILIAR DE CALIFICACIÓN, DE UNA ÚNICA APLICACIÓN INFORMÁTICA". MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA CIVIL PÁGS. 8 Y 9

te internet, contribuyen de forma decisiva a facilitar la circulación transfronteriza de productos, servicios y personas. Debido a ese carácter transnacional, una perturbación grave de esas redes y sistemas, ya sea o no deliberada, y con independencia del lugar en que se produzca, puede afectar a diferentes Estados miembros y a la Unión en su conjunto. Por consiguiente, la seguridad de las redes y sistemas de información es fundamental para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Para dar una respuesta efectiva a los problemas de seguridad de las redes y sistemas de información es necesario un planteamiento global en la Unión que integre requisitos mínimos comunes en materia de desarrollo de capacidades y planificación, intercambio de información, cooperación y requisitos comunes de seguridad para los operadores de servicios esenciales y los proveedores de servicios digitales. No obstante, no está excluido que los operadores de servicios esenciales y los proveedores de servicios digitales apliquen medidas de seguridad más estrictas que las previstas en la presente Directiva.

Para cubrir todos los incidentes y riesgos pertinentes, **la presente Directiva debe aplicarse tanto a los operadores de servicios esenciales como a los proveedores de servicios digitales**. Sin embargo, las obligaciones impuestas a los operadores de servicios esenciales y a los proveedores de servicios digitales no deben aplicarse a empresas que suministren redes públicas de comunicaciones o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público en el sentido de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que están sujetas a los requisitos específicos de seguridad e integridad establecidos en dicha Directiva , como tampoco a los prestadores de servicios de confianza definidos en el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, que están sujetos a los requisitos de seguridad establecidos en dicho Reglamento.

La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los intereses esenciales de su seguridad, preservar el orden público y la seguridad pública, y permitir la investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales. De conformidad con el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ningún Estado miembro está obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad. En este contexto, son relevantes la Decisión 2013/488/UE del Consejo y los acuerdos sobre confidencialidad o los acuerdos informales sobre confidencialidad como el Protocolo para el intercambio de información.

Determinados sectores de la economía ya están ya regulados o pueden regularse en el futuro mediante actos jurídicos sectoriales de la Unión que incluyan normas relacionadas con la seguridad de las redes y sistemas de información. **Siempre que esos actos jurídicos de la Unión contengan disposiciones por las que se impongan requisitos en materia de seguridad de las redes y sistemas de información o en materia de notificación de incidentes, dichas disposiciones deben aplicarse en lugar de las disposiciones correspondientes de la presente Directiva** si contienen requisitos cuyos efectos sean, como mínimo, equivalentes a los de las obligaciones que establece la presente Directiva. En tales casos, los Estados miembros deben aplicar lo dispuesto en los mencionados actos jurídicos sectoriales de la Unión, incluidos los relativos a cuestiones de competencia judicial, y no deben llevar a cabo el proceso de identificación de los operadores de servicios esenciales, tal como se definen en la presente Directiva. En este contexto, los Estados miembros deben facilitar a la Comisión información sobre la aplicación de dichas disposiciones con carácter de lex specialis. A la hora de determinar si los requisitos en materia de seguridad de las redes y sistemas de información o en materia de notificación de

incidentes establecidos en los actos jurídicos sectoriales de la Unión son o no equivalentes a los que se establecen en la presente Directiva, debe tenerse únicamente en cuenta lo dispuesto en los actos jurídicos de la Unión aplicables y su aplicación en los Estados miembros.

Los Estados miembros deben ser responsables de determinar qué entidades cumplen los criterios de la definición de «operador de servicios esenciales». A efectos de garantizar un planteamiento coherente, la definición de operador de servicios esenciales debe ser aplicada de manera coherente por todos los Estados miembros. A tal fin, la presente Directiva prevé un examen de las entidades que desarrollan su actividad en sectores y subsectores específicos, el establecimiento de una lista de servicios esenciales, la consideración de una lista común de factores intersectoriales que permitan determinar si un incidente potencial tendría un efecto perturbador significativo, un proceso de consulta en el que participen los Estados miembros pertinentes en el caso de las entidades que prestan servicios en varios Estados miembros, y el apoyo del Grupo de cooperación en el proceso de identificación. Con el fin de garantizar que los cambios que puedan producirse en el mercado se tengan debidamente en cuenta, **los Estados miembros deben revisar periódicamente la lista de operadores identificados y actualizarla cuando sea necesario**. Por último, los Estados miembros deben presentar a la Comisión la información necesaria para valorar en qué medida este método común ha permitido que los Estados miembros apliquen la definición de modo coherente.

Jurisprudencia

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA LA AMPLIACIÓN DEL PERIODO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS DEBERÁ ESTAR JUSTIFICADA POR RAZONES DE ESPECIAL COMPLEJIDAD

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. 17 de Marzo de 2016.

El Tribunal Supremo ha dictado Sentencia de fecha 17 de Marzo de 2016 por la cual estima un recurso de casación contra un acuerdo de liquidación de IVA que acordaba retrotraer las actuaciones inspectoras del expediente.

Para la retroacción del expediente, era necesaria la ampliación del período de doce meses que el artículo 150.1 de la Ley 58/2003 concede a la Inspección para finalizar las actuaciones del procedimiento inspector. La ampliación de dicho plazo responde a la especial complejidad de las actuaciones, así como a que en el transcurso de las mismas se haya descubierto que el obligado tributario ha ocultado a la Administración Tributaria alguna de las actividades que realice.

El Supremo recuerda que la doctrina sobre la prescripción es casuística y ha de ser analizada en concordancia con los hechos que en el expediente recurren. Por lo que debe "***comprobar si la justificación ofrecida en el acto de ampliación se encuentra consagrada por la realidad del expediente***." *Y continúa "la motivación acerca de la complejidad del expediente queda desvirtuada, en primer término, por las pocas actuaciones documentadas obrantes en el expediente; en segundo lugar, por los plazos largos de paralización de las actuaciones -cercanos a seis meses en dos ocasiones-, y, en último lugar, por la escasa efectividad y eficiencia de las pocas actuaciones practicadas (…)."*

Por lo que concluye que la "***inicial hipotética «complejidad» del expediente justificativa de la duración y ampliación del plazo de las actuaciones queda desvirtuada por la realidad de los hechos, pues existen plazos de inacción prolongada carentes de justificación, y, además, los datos obtenidos, conseguidos en las actuaciones, son rechazados por los órganos administrativos***. Es decir, ni se justifica la tardanza, ni se comprende la inanidad de los datos obtenidos y que presuntamente justifican la tardanza. ***Lo relevante en materia de ampliación de plazo de duración de actuaciones es su justificación***. Esta justificación desaparece, como en este caso sucede, cuando hay inacción de la administración antes y después del acuerdo de ampliación del plazo, y cuando los datos obtenidos se demuestran insuficientes e inidóneos por los propios tribunales económicos-administrativos para los fines liquidatorios pretendidos."

Puede leer el texto completo en **www.casosreales.es Marginal: 69721140**

AL DÍA CIVIL

Legislación

TODOS LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD DISPONDRÁN, COMO ELEMENTO AUXILIAR DE CALIFICACIÓN, DE UNA ÚNICA APLICACIÓN INFORMÁTICA

¡ATENCIÓN!

"ENTRA EN VIGOR EL 2 DE OCTUBRE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, QUE MEJORA LA COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS". MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA ADMINISTRATIVO PÁGS. 6 Y 7

Resolución de 2 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se homologa la nueva aplicación informática registral. (BOE núm. 211, de 1 de septiembre de 2016)

Para que la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda homologar la **aplicación informática registral para el tratamiento de representaciones gráficas**, a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, dicha aplicación o sistema de información geográfica habrá de permitir, a través de **servicios de mapas web en línea**, enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro y con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en la nueva redacción dada a dicho precepto por la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone, en relación con la nueva aplicación informática, que **todos los Registradores dispondrán**, como elemento auxiliar de calificación, **de una única aplicación informática** suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, **para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real**, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

Asimismo, este artículo 9 precisa que **dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones** habrán de ser **homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado**, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos.

Asimismo, se ha conducido una fase de pruebas para la validación de los requisitos funcionales, y en la que han participado tanto los Registradores designados por la DGRN como los del Colegio de Registradores, que ha tenido una doble finalidad.

AL DÍA FISCAL
Legislación

LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA AUTORIZARÁN TANTO EL EJERCICIO DE ACCIONES EN LOS DIVERSOS ÓRDENES JURISDICCIONALES, COMO LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LAS MISMAS

Orden HAP/1429/2016, de 1 de septiembre, por la que se modifica la Orden de 2 de junio de 1994, por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. (BOE núm. 216, de 7 de septiembre de 2016)

El artículo 103.ocho, último párrafo, de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, norma fundacional de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dispone, en relación con la actuación del Servicio Jurídico, lo siguiente: «A estos efectos serán aplicables a la Agencia las normas reguladoras de la representación y defensa en juicio de la Administración del Estado, así como las especialidades procesales por las que se rige ésta», norma que reitera en iguales términos la Orden de 29 de julio de 1994, de asistencia jurídica a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

NOTA IMPORTANTE

NO SE ADMITE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD BASADA EN LA AUSENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE DEL ADMINISTRADOR SOCIAL. MÁS INFORMACIÓN AL DIA MERCANTIL PÁG. 11

De acuerdo con la normativa citada, **resulta oportuno introducir una norma interpretativa** que clarifique en el ámbito interno de la Agencia Tributaria la **atribución de las facultades para informar o autorizar los actos de disposición de la acción procesal**.

Como se ha afirmado, no se trata de atribuir competencias sino de aclarar el contenido de las normas atributivas de competencia, en el sentido de que **el órgano que tiene atribuida la competencia para el ejercicio de una acción, es** el órgano **competente para pronunciarse sobre los actos de disposición de dicha acción**.

Esa norma debe extenderse a aquellos supuestos en los que no existe correlación entre el acto de disposición de la acción y una autorización previa, como ocurre en los **recursos contencioso-administrativos** en que la Agencia Tributaria tiene, en la práctica totalidad de los supuestos, el carácter de Administración autora del acto recurrido. En este caso, la norma que se introduce aclara que **el pronunciamiento corresponde al Departamento o Servicio que tiene atribuida la competencia sobre la materia objeto de recurso**.

La aclaración del régimen existente de atribución de competencias para los **casos de disposición de la acción procesal** objeto de esta Orden **no afecta al ámbito de las conformidades en materia penal** que por resultar de diferente naturaleza se someten a normas y protocolos de actuación específicos.

AL DÍA LABORAL
Legislación

SE ELIMINA LA OBLIGACIÓN DE LOS EMPRESARIOS DE DILIGENCIAR NUEVOS LIBROS DE VISITA DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO, PERO DEBERÁN CONSERVAR LOS ANTIGUOS DURANTE CINCO AÑOS

Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (BOE núm. 220, de 12 de septiembre de 2016)

Con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introdujo una variación en el procedimiento de gestión del Libro de Visitas de la Inspección, **eliminándose la obligación** de que las empresas tuvieran, **en cada centro de trabajo, un libro de visitas** a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, **sustituyéndose por el Libro de Visitas electrónico** que se pondría a disposición de las empresas. No obstante, el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 10 de julio de 2015, por el que se aprueban medidas para la reducción de cargas administrativas, incluye, entre sus propuestas, la **supresión de la obligatoriedad del libro de visitas electrónico, para 2017**.

Por otra parte, el artículo 21.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dispone que **los funcionarios actuantes extenderán diligencia por escrito** de cada actuación que realicen **con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas** mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

De acuerdo con lo anterior, se habilita al titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social a regular, mediante orden ministerial, los hechos y actos que deban incorporarse a las diligencias, su formato y su remisión a los sujetos inspeccionados, teniendo en cuenta que, en lo posible, se utilizarán medios electrónicos y que **no se impondrán obligaciones a los interesados para adquirir o diligenciar** cualquier clase de **libros o formularios** para la realización de dichas diligencias.

El apartado 2 del artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en

NOTA IMPORTANTE

LA DECLARACIÓN SUMARIAL PUEDE OPERAR COMO PRUEBA DE CARGO Y SER INTRODUCIDA EN EL PLENARIO A TRAVÉS DE SU LECTURA, SIN QUE EXISTA QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL PÁGS. 13 Y 14

la redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, al regular el **ejercicio de labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales** establece que **determinados funcionarios públicos**, tanto de la Administración General del Estado como de las comunidades autónomas con habilitación específica, pueden desarrollar **funciones comprobatorias de seguridad y salud en las empresas** con el alcance señalado en el apartado 3 del mismo artículo y con la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de la misma Ley.

Dado que **dichos requerimientos de subsanación**, de acuerdo con el artículo 68 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y modificado en este punto por el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, **podrían reflejarse mediante diligencia en el Libro de Visitas** de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, procede habilitar a dichos funcionarios para que puedan extender sus diligencias de comprobación en el modelo de diligencia previsto en esta orden.

AL DIA MERCANTIL
Jurisprudencia

RESPONSABILIDAD CONCURSAL NO SE ADMITE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD BASADA EN LA AUSENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 14//07/2016

El Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2016 resuelve sobre la responsabilidad concursal del administrador de la sociedad cuando existía más de un administrador.

En el caso analizado, la administración concursal junto con el Ministerio Fiscal solicitaron la calificación de culpabilidad del concurso de una mercantil de la que eran administradores dos socios de la empresa, siendo calificado el concurso como culpable, los socios fueron ambos inhabilitados y condenados al pago, en concepto de daños y perjuicios, de los créditos nacidos a partir de una determinada fecha, que resultaran impagados en todo o en parte.

El recurrente es uno de los administradores sociales, que alega en su recurso que no podía ser declarado persona afectada por la calificación culpable porque quien estaba en disposición de llevar la contabilidad así como solicitar el concurso era el otro administrador, pues es quien tenía la documentación necesaria para ello. Al respecto, el alto tribunal considera que el recurrente pretende imponer una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador "que no tiene cabida en nuestro Derecho". Y recuerda **que el nombramiento de administrador social conlleva una serie de obligaciones, por lo que no puede ampararse en la actitud del otro administrador para "excusar su propia incuria" y señala que si tenía la impresión de que le dificultaba el cumplimiento de sus obligaciones, debería haberlo corregido, o en último extremo, haber renunciado al cargo**.

E insiste "la culpa grave a la que se refiere el artículo 164 de la Ley Concursal ya está ínsita en la misma omisión de los deberes contables. Y aplica lo mismo en cuanto al retraso en la solicitud del concurso.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en **www.casosreales.es Marginal nº 69941731**

RESPONSABILIDAD EL COMERCIO QUE OFRECE RED WI-FI GRATUITA NO ES RESPONSABLE DE LAS INFRACCIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR COMETIDAS POR UN USUARIO

NOTA IMPORTANTE

"SE ELIMINA LA OBLIGACIÓN DE LOS EMPRESARIOS DE DILIGENCIAR NUEVOS LIBROS DE VISITA DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO, PERO DEBERÁN CONSERVAR LOS ANTIGUOS DURANTE CINCO AÑOS". MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA LABORAL PÁGS. 10 Y 11

Tribunal de Justicia de la Unión Europea – 15/09/2016

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado en una reciente sentencia del pasado 15 de septiembre sobre la posible responsabilidad que un administrador de un comercio que ofrece gratuitamente al público una red Wi-Fi pueda ser responsable de la vulneración de los derechos de autor cometida por un usuario de esta red, debido a que la red no estaba protegida.

El Tribunal recuerda que la Directiva sobre el comercio electrónico excluye la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por una actividad ilícita iniciada por un tercero cuando su prestación consiste en una "mera transmisión" de información. Para que pueda aplicarse esta exclusión de responsabilidad deben cumplirse tres requisitos acumulativos, que son los siguientes:

1) Que el prestador no haya originado él mismo la transmisión.

2) Que no haya seleccionado al destinatario de la transmisión.

3) Que no haya seleccionado ni modificado los datos transmitidos.

En la sentencia el TJUE constata que la puesta a disposición al público de una red Wi-Fi gratuita para atraer potenciales clientes de un comercio constituye un "servicio de la sociedad de la información" previsto en la citada Directiva. Y confirma que, en caso de que se cumplan los tres requisitos mentados, un prestador de servicios que facilita el acceso a la red no puede ser considerado responsable, por lo que el titular de derecho de autor no podrá solicitar a ese prestador una indemnización.

Puede consultar la Sentencia completa en **www.casosreales.es Marginal 70103722**

AL DÍA PENAL
Jurisprudencia

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA LA TENENCIA MATERIAL DE LA DROGA NO ES REQUISITO IMPRESCINDIBLE PARA LA REALIZACIÓN DEL DELITO

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 07/09/2016

EL Tribunal Supremo se ha manifestado sobre la valoración probatoria en los delitos contra la salud pública en un caso en el que, el recurrente, condenado por tráfico de drogas por transportar las sustancias entre diversos proveedores de droga, manifestaba que se había infringido el artículo 855.3 LECRIM, respecto de los requisitos del tipo penal del artículo 368 del Código Penal y 741 de la LECRIM, respecto del contenido de la Sentencia que debe valorar la prueba practicada en el plenario.

El recurrente criticaba la valoración probatoria en la que se había basado su condena, en tanto no se había aprehendido ninguna partida de droga en su poder, por lo que no se conocía la cantidad ni la riqueza de la misma. Por ello, argumentaba, ignorándose en qué medida se puede afectar negativamente a la salud pública, procedía acordar la libre absolución.

El Tribunal Supremo manifiesta al respecto que si bien es cierta la ausencia de incautación de sustancia estupefaciente alguna, **la tenencia material de la droga no es requisito imprescindible para la realización del delito, siempre que resulten acreditados los actos de tráfico**.

Por tanto, es posible la apreciación de la realización del delito, concluye el alto tribunal, si se acredita el tráfico si la valoración del resto de indicios responde a las reglas de valoración racional de la prueba. Si bien añade, **que la falta de acreditación de la natura-**

leza concreta de la droga suministrada, llevará a que la condena sea como responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

Puede consultar la sentencia completa en **www.casosreales.es Marginal nº 70067684**

AL DIA PROCESAL
Jurisprudencia

DERECHO A NO DECLARAR LA DECLARACIÓN SUMARIAL PUEDE OPERAR COMO PRUEBA DE CARGO Y SER INTRODUCIDA EN EL PLENARIO A TRAVÉS DE SU LECTURA, SIN QUE EXISTA QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 15/07/2016

El derecho del acusado a no declarar, no impide la introducción en el plenario de las declaraciones prestadas en fase sumarial, a través del mecanismo previsto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que puedan operar como prueba de cargo.

El Tribunal Supremo recuerda que **el Tribunal Constitucional no ha negado la posibilidad de valorar las declaraciones sumariales del acusado como prueba de cargo si se incorporan adecuadamente al plenario en condiciones de que la defensa las someta a contradicción**. Y señala que "*la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que también en esos casos es posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM , dando lectura a las declaraciones prestadas ante el juez y facilitando al acusado la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo entonces declarado (….), pues es evidente que la decisión de los imputados de acogerse al derecho a no declarar, constituye una manifestación de su derecho de defensa que no es irreversible, de manera que, oída la lectura de la declaración sumarial, puede decidir responder a alguna pregunta e,*

MAHOU SANMIGUEL

incluso, puede hacer las aclaraciones que considere pertinentes a través del ejercicio del derecho a hacer uso de la última palabra, como una manifestación del derecho de defensa ejercido personalmente."

Y recuerda que, **aunque la declaración pueda ser usada únicamente por su contenido documentado, no es una prueba documental, sino personal, por lo que debe leerse en el momento del interrogatorio y no de la prueba documental**, permitiendo al declarante la aclaración de lo manifestado, aunque decida no hacer uso de su derecho.

El Supremo señala que el hecho de que **la declaración sumarial del coimputado se realice mediante su lectura, ello no modifica los criterios de su valoración**. Y es que la cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones es especial dada la posición que el coimputado ocupa en el proceso, que no comparece en calidad de testigo obligado a decir la verdad, sino que lo hace como acusado asistido del derecho a no declarar en su contra.

Para valorar la credibilidad del testimonio, deberá comprobarse la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión sostenida.

En cuanto a los motivos espurios, señala el alto tribunal **que la constatación de un enfrentamiento entre las partes no puede excluir por sí misma la consideración de la declaración como prueba de cargo**, sino que será un elemento que potencia el rigor con el que deberá evaluarse su verosimilitud con otros parámetros.

Puede leer el texto completo de la sentencia en **www.casosreales.es Marginal nº 69945077**

AL DÍA SOCIAL
Jurisprudencia

DERECHO DE HUELGA
LA FIJACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS DEBE ESTAR SUFICIENTEMENTE MOTIVADA Y SER PONDERADA CON LOS DERECHOS EN CONFLICTO

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 16/08/2016

En su sentencia, el alto tribunal analiza la cuestión de la motivación de la decisión administrativa de fijar los servicios esenciales y determinación de los servicios mínimos en la huelga general de 29 de marzo de 2012 en Cataluña. Y al respecto señala que en esta determinación debe existir **una "razonable proporción" entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los primeros**. El alto tribunal recuerda su sentencia de 26 de mayo del presente año en la que ya dijo que "**recae sobre la autoridad gubernativa la obligación de motivar las razones que justifican, en una concreta situación de huelga, la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad** y la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que no es posible deducir cuales son los elementos valorados por aquella autoridad para tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho; cómo se ha llegado a la determinación de los servicios mínimos acordados, y a la valoración de su carácter esencial".

El Supremo señala que la Administración no respetó el canon exigible de una adecuada motivación. **Además recuerda que si bien el derecho de huelga puede entrar en conflicto con otros derechos, ello no quiere decir que estos deban prevalecer en modo absoluto**, sino que deben coexistir de manera que queden proporcionalmente afectados.

Y concluye que, por tanto, **"la Administración debe explicitar suficientemente que resulta proporcionado el contraste entre el sacrificio del derecho de huelga** (que se limita o restringe con aquellos servicios mínimos) **y la necesaria protección de los bienes o derechos"** identificando claramente las razones por las que se ha determinado los servicios mínimos, y en qué medida éste es el que mejor respeta la necesaria proporcionalidad entre los derechos.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en **www.casosreales.es Marginal nº 69942011**

DERECHO DE INDEMNIZACIÓN
LA INDEMNIZACIÓN DE FIJOS Y TEMPORALES DEBE EQUIPARARSE

Tribunal de Justicia de la Unión Europea – 14/09/2016

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una sentencia en la que declara que la normativa laboral española que establece diferentes tipos de indemnización por fin de contrato entre trabajadores fijos y temporales es contraria al Derecho de la Unión.

En su sentencia, el TJUE ha visto el caso de una trabajadora interina que no tenía derecho a indemnización por despido. El tribunal ha declarado que esta diferenciación con respecto a los trabajadores fijos es contraria al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la Directiva 1999/70 en tanto supone una discriminación que no puede justificarse por causas objetivas. Pero ha ido más allá, y ha aseverado que la diferente indemnización entre temporales y fijos, 12 días para trabajadores de duración determinada y 20 para los fijos, también supone una discriminación no justificada en tanto se apoya únicamente en la diferente duración del contrato.

El TJUE responde así a las preguntas manifestadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que vio el recurso interpuesto por la trabajadora interina a la que se le denegaba la indemnización tras trabajar 7 años en el mismo lugar de trabajo. En la sentencia, el tribunal recuerda que la cláusula 1 del Acuerdo marco tiene por objeto impedir la discriminación del trabajo de duración determinada, así como establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos temporales encadenados. La discriminación no debe producirse en las condiciones de trabajo, no debiendo ser estas peores que las de los trabajadores fijos.

Puede consultar la sentencia completa en **www.casosreales.es Marginal 70104437**

CONTRATACIÓN TEMPORAL LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA DE PERSONAL SANITARIO PARA CUBRIR NECESIDADES PERMANENTES DEL SERVICIO ES CONTRARIA A DERECHO

Tribunal de Justicia de la Unión Europea – 14/09/2016

El TJUE ha analizado la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, a través de la cual se permitía la renovación de contratos temporales del personal sanitario dedicado a necesidades permanentes. Así, ha señalado que las funciones permanentes y estables que formen parte de la actividad normal del personal estatutario fijo no pueden cubrirse con sucesivos contratos temporales.

A través de su sentencia, el TJUE analiza el caso de una Enfermera contratada para realizar servicios determinados de naturaleza "temporal, coyuntural o extraordinaria". No obstante, a pesar de esta naturaleza, la enfermera fue renovada hasta en siete ocasiones, incluso de manera ininterrumpida.

Añade, además, que los nombramientos temporales sucesivos provocan una situación de precariedad de los trabajadores que se convierte en permanente.

Puede consultar la sentencia completa en **www.casosreales.es Marginal 70102548**

SUBVENCIONES
Estatales

SE PRORROGA HASTA EL 15 DE FEBRERO DE 2017 EL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Resolución de 29 de julio de 2016, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. (BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2016)

Plazo de presentación: Hasta el 15 de febrero de 2017

SE CONCEDEN SUBVENCIONES PARA CONGRESOS Y OTRAS ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN DE LA CIUDAD DE CUENCA

Resolución de 18 de julio de 2016, del Consorcio de la Ciudad de Cuenca, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la organización de congresos, jornadas, seminarios y otras actividades de promoción de la ciudad. (BOE núm. 199, de 18 de agosto de 2016)

Plazo de presentación: El plazo de presentación

de solicitudes será el que se establezca en la correspondiente convocatoria. En atención a la existencia de crédito disponible podrán realizarse una o más convocatorias en el año.

SE APRUEBAN SUBVENCIONES A ASOCIACIONES JUDICIALES PROFESIONALES PARA FOMENTAR EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES

Acuerdo de 12 de mayo de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Asociaciones Judiciales Profesionales. (BOE núm. 127, de 26 de mayo de 2016)

Plazo de presentación: Será el plazo fijado en la correspondiente convocatoria.

SE APRUEBA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS

Orden PRE/593/2016, de 21 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión por el Centro de Investigaciones Sociológicas de subvenciones para formación e investigación en materias de interés para el Organismo. (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2016)

Final de convocatoria: El plazo de presentación de las solicitudes será de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial del Estado»

Autonómicas

SE CONCEDEN SUBVENCIONES PARA FOMENTAR LA CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA DE TRABAJADORES DESEMPLEADOS EN ARAGÓN

Orden EIE/529/2016, de 30 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el estímulo del mercado de trabajo y el fomento del empleo estable y de calidad. (Boletín Oficial de Aragón de 9 de junio de 2016)

Plazo de presentación: El plazo de presentación de las solicitudes será de un mes a contar desde la fecha de alta del trabajador en la Seguridad Social. En caso de transformación de contratos temporales, el plazo de un mes se contará a partir de la fecha de inicio del contrato indefinido.

SE APRUEBAN SUBVENCIONES PARA EMPRENDEDORES QUE SE ESTABLEZCAN COMO AUTÓNOMOS, O QUE PONGAN EN MARCHA MICROEMPRESAS EN ARAGÓN

Orden EIE/469/2016, de 20 de mayo, por la que se aprueba el Programa Emprendedores y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la promoción del empleo autónomo y la creación de microempresas en la Comunidad Autónoma de Aragón. (Boletín Oficial de Aragón de 30 de mayo de 2016)

Plazo de presentación: Las solicitudes de subvención al establecimiento como trabajador autónomo deberán presentarse en el plazo de un mes a contar desde el día en que se inicie la actividad.

SE APRUEBAN AYUDAS PARA POSIBILITAR LA PERMANENCIA EN LA VIVIENDA HABITUAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE RIEGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN CATALUÑA

RESOLUCIÓN TES/7/2016, de 4 de enero, por la que se establecen las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda, y el procedimiento para su concesión. (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 14 de enero de 2016)

Fianl de la convocatoria: El plazo entre la fecha en que se deja la vivienda y la fecha en que se solicita la prestación no debe ser superior a veinticuatro meses.

SE CONVOCAN AYUDAS PARA EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA

Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo. (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 29 de diciembre de 2015)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación depende del tipo de ayuda solicitada.

Innovative School

NUEVAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Luis García del Río. Socio de BM&A-DRL Abogados. Abogado del Estado en Excedencia
Salvador Jiménez Bonilla. Socio de BM&A-DRL Abogados. Abogado del Estado

SUMARIO

1. La inminente entrada en vigor de las nuevas leyes 39/15 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/15 de régimen jurídico del sector público
2. El nuevo tratamiento de los derechos de la persona en sus relaciones con las Administraciones Públicas: Derechos ya reconocidos en la Ley 30/92 y derechos de nueva configuración
3. El nuevo tratamiento de los derechos del interesado en el procedimiento administrativo: Derechos ya reconocidos en la Ley 30/92 y derechos de nueva configuración

La entrada en vigor el 2 de octubre de las Leyes 39/2015 y 40/2015, respectivamente del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público, constituye un elemento de enorme trascendencia que va a afectar al día a día de miles de ciudadanos y empleados públicos que diariamente durante décadas han tenido en la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, un marco normativo de referencia y relación.

LA INMINENTE ENTRADA EN VIGOR DE LAS NUEVAS LEYES 39/15 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y 40/15 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Si bien las leyes 39 y 40 suponen que **volvamos a la tradicional distinción en nuestro ordenamiento entre una ley de procedimiento administrativo y una ley de régimen jurídico de las administraciones,** cabe considerar, muy especialmente **a la ley 39/2015, como una clara heredera desde el punto de vista dogmático de los principios de la Ley 30/92.** En este sentido, no sólo por el **mantenimiento del procedimiento administrativo común como marco**

de referencia, sino por su propio contenido, cabe considerar que a pesar de la trascendencia de la modificación que supone la derogación de la ley 30/92, la modificación en aspectos sustanciales sobre régimen jurídico del acto administrativo y del procedimiento administrativo que supuso dicha norma, no se produce con la entrada en vigor de estas dos nuevas disposiciones cuya principal novedad consiste en sistematizar y profundizar en la regulación de la administración electrónica y el marco de relaciones con los ciudadanos a través de la red, hasta ahora parcial y separadamente contemplada en la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos Ley 11/2007, de 22 de junio.

EL NUEVO TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN SUS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: DERECHOS YA RECONOCIDOS EN LA LEY 30/92 Y DERECHOS DE NUEVA CONFIGURACIÓN

Ateniéndonos a la materia que es objeto de estas líneas referida a la identificación de aquellos elementos que afectan al estatuto jurídico del ciudadano en su relación con las administraciones públicas, debemos señalar que el Artículo 35 de la Ley 30/92 supuso un paso importante en la juridificación de los derechos del interesado en el procedimiento y en su relación con las administraciones, debiendo estarse en el nuevo marco legal a lo dispuesto en los Artículos 13 y 53 de la Ley 39/2015.

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (Normas básicas. Marginal: 6927967). Arts.; 11, 12, 13, 35 y 53
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (Normas básicas. Marginal: 6927968). Arts.; 39, 40
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. (Normas básicas. Marginal: 65579)
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (Normas básicas. Marginal:685373)
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (Normas básicas.Marginal:69456648)
- Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes (Vigente hasta el 01 de Julio de 2004). (Normas básicas. Marginal: 34913). Art. 3
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Vigente hasta el 01 de Enero de 2017). (Normas básicas. Marginal: 499964). Art.3
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (Normas básicas. Marginal: 105103)
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Normas básicas. Marginal: 69726858).Art. 85

"Se establece una distinción inédita hasta este momento entre derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas y derechos de los interesados en el procedimiento administrativo"

En dichas **disposiciones se establece una distinción inédita hasta este momento entre derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas** (quizá esta norma es más propia de régimen jurídico y de seguir con algo de coherencia la delimitación que nos proponen ambas normas 39 y 40 de 2015 tenía que haber sido ubicada en la Ley 40/2015) **y derechos de los interesados en el procedimiento administrativo**.

Por referencia a la primera de dichas disposiciones, nos encontramos con que **se mantienen los derechos ya regulados**, en el texto de la Ley 30/92:

- Derecho al uso de las lenguas oficiales en los territorios de sus comunidades autónomas.
- Derecho al acceso a la información pública archivos y registros, si bien en la nueva norma se introduce la referencia expresa a que ello se ejercitará de acuerdo con la Ley 19/2013 de trasparencia y resto del ordenamiento jurídico.
- Derecho a ser tratados con respeto y deferencia por parte de autoridades y empleados públicos, sustituyéndose en línea con la Ley 7/2007 y texto refundido aprobado por RDL 5/2015 el término funcionario por empleado público.
- Derecho a exigir responsabilidad de las Administraciones Públicas y autoridades cuando así corresponda legalmente. Llama la atención en este último inciso que en tanto que la Ley 30/92 contemplaba el derecho a exigir responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, la nueva Ley 39/2015 contempla ese derecho si bien referido a las Administraciones Públicas y a las autoridades. La supresión de la referencia al personal a su servicio es coherente

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- BONET NAVARRO, JOSÉ. LORENZO DE MEMBIELA, JUAN B. *Ley de la jurisdicción contencioso administrativa. Concordada con cuadros sinópticos resúmenes instituciones procesales*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2007
- DELGADO GARCÍA, ANA Mª. OLIVER CUELLO, RAFAÉL. *Administración electrónica tributaria*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2009

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GÓMEZ-MAMPASO DEL PALACIO, RICARDO. *La reforma del marco regulador del silencio administrativo*. Economist&Jurist Nº 159. Abril 2012. (www.economistjurist.es)
- AVEZUELA, JESÚS. *Caducidad y prescripción en el orden administrativo*. Economist&Jurist Nº 166. Diciembre-Enero 2013. (www.economistjurist.es)
- SUCH MARTÍNEZ, JAVIER. *La prescripción y la caducidad en derecho Administrativo. Dos Instituciones vinculadas al espacio temporal del comienzo y finalización del procedimiento*. Economist&Jurist Nº 199. Abril 2016. (www.economistjurist.es)

desde luego con el propio diseño de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el que –a salvo la denuncia de hechos delictivos que se articula directamente contra la persona presuntamente responsable- la exigencia de responsabilidad se articula frente a la Administración y, en todo caso, aquélla en vía de regreso determina si han concurrido o no elementos de responsabilidad personal por parte del empleado público interviniente en los hechos, recordemos por lo demás la derogación de la Ley Maura y la desaparición del régimen de exigencia de responsabilidad civil directa a funcionarios públicos. Finalmente se mantiene –obviamente- la referencia a cualesquiera otros derechos que reconozcan la Constitución y las leyes.

"Se reconoce el derecho a las personas a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados así como el conocimiento del sentido del silencio"

Junto a las disposiciones que acabamos de citar el Artículo 13 de la Ley 39/2015 introduce otros **derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas que son los siguientes**:

– **Derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General Electrónico de la Administración**. Esta disposición contenida en el Artículo 13, a) de la Ley 39/2015 y que forma parte de las que han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, nos introduce al concepto del referido Punto de Acceso del que la ley nos indica que "funcionará como un portal de entrada".

"Tendrán obligación de relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, los abogados en el ejercicio de su actividad profesional, quienes representen a un interesado obligado a ello y los propios empleados públicos para su actuación en condición de tales"

Debemos señalar que las disposiciones sobre "Punto de Acceso General Electrónico" de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final Séptima de la propia Ley 39/2015 no entrarán en vigor hasta transcurridos dos años desde su publicación, por lo tanto el 2 de octubre de 2017. Evidentemente este "derecho a relacionarse" implica que la Administración pueda utilizar ese Punto de Acceso como medio para la realización de notificaciones, cuestión que convendrá valorar en términos de seguridad jurídica y certeza de la práctica de las mismas.

– **Derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas**. Evidentemente consideramos que se trata de un elemento relevante, vista muy especialmente la complejidad que va a suponer la implantación de un verdadero marco de administración electrónica que, hasta el momento, sólo se ha aplicado en sectores concretos de la actividad administrativa. Cuestión distinta será la eficacia práctica de ese derecho o la posibilidad de invocación en caso de incumplimiento y los efectos que ese supuesto de incumplimiento puedan derivarse, así como la propia dificultad de probar ese incumplimiento. En todo caso el Artículo 12 de la misma norma establece el deber de asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados.

– **Derecho a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica contemplados en esta Ley**. La ley diferencia en este punto los supuestos en los que basta la identificación, de aquellos en los que se requiere la firma electrónica, siendo exigible esta última, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 11 para a) Formular solicitudes b) Presentar declaraciones responsables o comunicaciones c) Interponer recursos d) Desistir de acciones y e) Renunciar a derechos.

– **Finalmente se introduce el derecho a la protección de datos de carácter personal y a la seguridad y confidencialidad de los datos que obren en ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas**. Cabe señalar, en todo caso, que si bien no es negativa obviamente la legalización de este derecho, en el fondo se trata de una norma comúnmente observada por las Administraciones Públicas que ya se plasmaba, por ejemplo, en el Artículo 3 de la Ley 1/98 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes o en el Artículo 34 de la Ley General Tributaria, amén de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Señalemos por lo demás, que en lo referido a **la utilización del Punto de Acceso General Electrónico y a la obtención de firma electrónica, el propio desarrollo posterior de las medidas de aplicación de estos principios y de la operativa de las Administraciones Públicas, determinará si nos encontramos ante verdaderos derechos o ante cargas o deberes**, dado que es inequívoca la intención del legislador de reconducir las relaciones con los ciudadanos al concepto de administración electrónica.

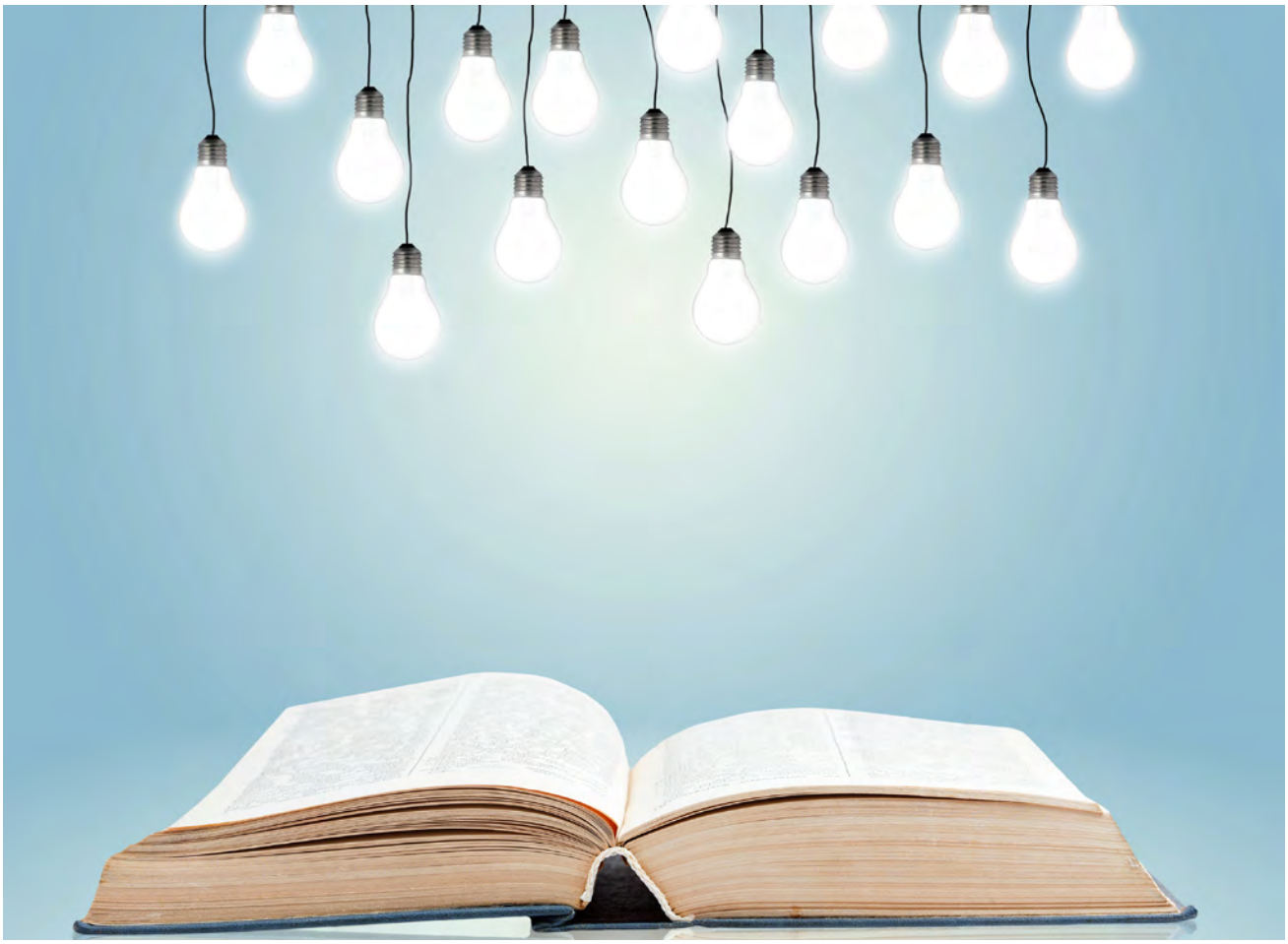
Este sentido **de derecho/deber en lo que a la relación por medios electrónicos con las administraciones públicas se refiere, resulta de lo dispuesto en el Artículo 14 de la propia Ley 39/15 en el que se indica que tendrán obligación de relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, los abogados en el ejercicio de su actividad profesional** (resaltamos el papel de los abogados pero en realidad se trata de cualquier profesional colegiado) **quienes representen a un interesado obligado a ello y los propios empleados públicos**

para su actuación en condición de tales.

EL NUEVO TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: DERECHOS YA RECONOCIDOS EN LA LEY 30/92 Y DERECHOS DE NUEVA CONFIGURACIÓN

Pues bien, si la anterior relación nos remite a los derechos de la persona en sus relaciones con las Administraciones Públicas, el nuevo Artículo 53 de la Ley 39/2015 incorpora los derechos del interesado en el procedimiento administrativo. A dicho efecto, haremos referencia en primer lugar, al igual que hemos hecho en el caso del Artículo 13 a aquellos derechos que constituyen reproducción de los que ya constaban en el Artículo 35 de la Ley 30/92, en tal sentido tenemos que remitirnos a los siguientes:

– **Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados**. Derecho **muy relevante en el orden procedimental para el interesado y que no siempre se ha venido cumpliendo en el día a día de la operativa de las Administraciones Públicas**. Respuestas tardías, evasivas o sencillamente la aplicación del silencio frente a peticiones de conocimiento del estado de tramitación del procedimiento, no han sido infrecuentes, sin que por lo demás, esa vulneración haya tenido una sanción jurídica clara. No desde luego en términos de validez del acto y menos aún en términos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ese derecho se refuerza con elementos que son importantes tales **como derecho al conocimiento del sentido del silencio**. No una genérica relación de procedimientos con indicación del carácter positivo o negativo del silencio, que hasta el momento en absoluto ha garantizado un mínimo de certeza en la materia, sino **precisa información en el procedimiento concreto de que se trata acerca del sentido que la falta de emisión de resolución administrativa expresa, va a tener. Derecho a conocer el órgano competente para la instrucción y la reso-**



lución y los actos de trámite dictados y derecho a obtener copia de los documentos. La ley contempla que el mismo pueda hacerse efectivo a través del Punto de Acceso General electrónico de la Administración.

– **Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos que se contempla en términos idénticos a la ley 30/92**.

– **Derecho a no presentar datos o documentos que ya obren en poder de las administraciones públicas** a lo que se añade el derecho a no presentar documentos que hayan sido elaborados por las propias administraciones públicas.

– **Derecho a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia que deberán ser tenido en cuenta en la propuesta de resolución**. Se incorpora en este caso el derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, en términos que no son en absoluto criticables pero que resultan ciertamente redundantes y obvios.

– **Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes**. Planteamiento novedoso y que es coherente con la creciente complejidad de los procedimientos de autorización administrativa.

Junto a lo anterior, tenemos que hacer referencia a **otros derechos que podemos considerar novedosos** en el tratamiento de la Ley 39/2015:

– **Derecho a no presentar documentos originales salvo que, excepcionalmente, la normativa reguladora establezca lo contrario en cuyo caso se tendrá derecho a obtener copia autenticada**. Es innecesario manifestar el elemento de racionalidad, practicidad y sentido común que resulta de esta norma.

– **A actuar asistidos de asesor cuando el interesado lo estime conveniente**. Nuevamente se trata de un elemento que responde a la realidad de las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos y que ya venía refleja-

do en la Ley 30/1992 al regular el procedimiento administrativo común en su Artículo 85.

– **Finalmente se incorpora como derecho el de la utilización de medios de pago electrónico en el cumplimiento de las obligaciones frente a las administraciones públicas y se hace referencia a los restantes derechos reconocidos en la Constitución y las leyes**.

El Artículo 53 hace referencia también a los derechos del interesado específicamente en el ámbito del procedimiento sancionador, si bien en términos ya reconocidos por la normativa preexistente, tanto en lo referido a la notificación de los hechos que se le imputan, de las infracciones que pudieran constituir y de las sanciones que pudieran ser aplicadas con identificación del instructor y del órgano competente para resolver, como del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito administrativo como presunción de no existencia de responsabilidad administrativa hasta que no se demuestre lo contrario. ■

CONCLUSIONES

- En definitiva una nueva regulación del estatuto jurídico del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas que, asumiendo el avance que sin duda supuso la Ley 30/92, trata de adaptar las Administraciones Públicas y el marco de relaciones jurídicas resultantes de su actuación al ámbito de la administración electrónica y al proceso de modernización en el que las Administraciones se encuentran involucradas

Un correcto dictamen pericial puede decidir el pleito

- Profesionales en todas las disciplinas
- Peritos con todos los requisitos legales de titulación oficial
- Profesionales con amplios conocimientos procesales
- Experiencia contrastada ante juzgados y tribunales
- Control deontológico y disciplinario de todos los profesionales
- Capacidad, responsabilidad, rigor profesional, y credibilidad en los dictámenes

Solicite por correo electrónico un ejemplar totalmente gratuito

APAJCM
Asociación de Peritos Colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid

Asociación de Peritos Colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
c/ Padre Jesús Ordóñez, nº 1. 2º - 28002 Madrid - Tels: 91 562 59 18 - 91 411 35 46 - Fax: 91 563 85 32 - peritos@apajcm.com - www.apajcm.com

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO SANITARIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

LEX ARTIS Y DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO O "RESULTADO CLAMOROSO"

Plácido Molina Serrano. Abogado
Director Departamento Collection de Cuatrecasas Gonçalves Pereira
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. Profesor de FPU. Universidad de Granada

SUMARIO

1. Responsabilidad patrimonial sanitaria: objetiva y directa
2. Principios configuradores de la responsabilidad sanitaria administrativa: la lex artis
3. Doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso
4. Importancia de la valoración judicial

Teóricamente, la responsabilidad patrimonial sanitaria es de marcado carácter objetivo. Pero en la valoración judicial no es fácil establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio –lex artis– y el resultado producido, principalmente cuando el acto médico genera un resultado anormal, insólito, o inusualmente grave, en proporción a los riesgos que comporta y los padecimientos que trata de atender –daño desproporcionado o resultado clamoroso–. Aunque en su valoración se practiquen y desarrollen pruebas periciales, se analicen informes médicos o se atiendan opiniones de expertos, es extremadamente complicado llegar a una conclusión terminante acerca de la relación de causalidad. En el juez recae la tarea, estrictamente jurisdiccional, de reconocer si concurre nexo causal: para ello deberá analizar, discernir y fundamentar –dogmáticamente– una actuación médica. Al final, es el juzgador, con los medios de prueba que la ley prevé, quién viene obligado a decidir bajo criterios de razón y sana crítica.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: OBJETIVA Y DIRECTA

Aun partiendo de que la naturaleza de la actividad sanitaria no es de resultados sino de medios [STS 11 de marzo de 1991] –por ser una ciencia inexacta y en continua evolución y desarrollo– **la responsabilidad sanitaria admi-**

nistrativa es de marcado carácter objetivo y directo, exigible por las acciones u omisiones realizadas por los intervinientes. Que la responsabilidad sea objetiva significa que debe apreciarse con independencia de la concurrencia de culpa, negligencia o dolo en la acción u omisión administrativa o de sus agentes o funcionarios al ser suficiente el simple perjuicio. Que la responsabilidad sea directa trae como consecuencia que los ciudadanos tengan derecho a ser indemnizados por la Administración pública sin determinar al agente causante. Al ser la responsabilidad objetiva y directa, para tener derecho a indemnización es suficiente la ausencia de fuerza mayor y la existencia de un nexo causal en el funcionamiento del servicio y el perjuicio resultante. Pero **la jurisprudencia ha introducido un elemento esencial regulador de la normalidad de la práctica sanitaria: nos referimos a la *lex artis*, que constituye límites razonados científicamente a la generosidad universal del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa sanitaria**. La consecuencia será que el resultado objetivo que predica la norma va a depender, en la práctica indemnizatoria, del *modus operandi* fijado por la *lex artis ad hoc* –como expresión que no alude a los criterios universales de actuación, sino a los particulares que pueden considerarse correctos en una situación determina-

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2016, núm. 1136/2016, Nº Rec. 2822/2014, (Marginal: 70080981)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2015, núm. 566/2015, Nº Rec. 2213/2013, (Marginal: 69457010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 2015, núm. 479/2015, Nº Rec. 2675/2013, (Marginal: 69349272)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 2015, núm. 336/2015, Nº Rec. 1370/2013, (Marginal: 69573757)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, Nº Rec. 3777/2014, (Marginal: 69338869)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de abril de 2015, Nº Rec. 1508/2013, (Marginal: 69539195)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 10 de junio de 2014, núm. 385/2014, Nº Rec. 1337/2010, (Marginal: 69529053)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de junio de 2013, Nº Rec. 2187/2010, (Marginal: 70080980)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2012, Nº Rec. 5890/2011, (Marginal: 2412401)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2011, Nº Rec. 3833/2009, (Marginal: 70080977)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2010, Nº Rec. 4463/2008, (Marginal: 2160005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2008, núm. 943/2008, Nº Rec. 870/2003, (Marginal: 231054)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de octubre de 2008, Nº Rec. 1065/2005, (Marginal: 311217)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2008, núm. 357/2008, Nº Rec. 279/2001, (Marginal: 205899)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2008, núm. 431/2008, Nº Rec. 621/2002, (Marginal: 189070)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2007, Nº Rec. 3743/2004, (Marginal: 149435)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de mayo de 2007, núm. 893/2007, (Marginal: 1627959)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 2006, Nº Rec. 167/2002, (Marginal: 273702)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2005, Nº Rec. 6595/2001, (Marginal: 228783)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2005, Nº Rec. 8107/2000, (Marginal: 219193)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 2002, Nº Rec. 3940/1997, (Marginal: 70102552)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2000, núm. 964/2000, Nº Rec. 2423/1995, (Marginal: 2391592)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero de 1999, núm. 133/1999, Nº Rec. 2534/1994, (Marginal: 70080976)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, núm. 192/1991, (Marginal: 70102566)

da– y de su grado de incumplimiento por negligencia, culpa o mala praxis, lo que constituye una objetividad equitativa –*aequitas celebrina*–.

PRINCIPIOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA ADMINISTRATIVA: LA LEX ARTIS

Para la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria han de concurrir los siguientes requisitos esenciales:

"La doctrina del daño desproporcionado –o resultado clamoroso– se aplica cuando la consecuencia lesiva causada no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con la entidad de la intervención y no era previsible, convirtiéndose en inesperado, inexplicado e inasumible"

1. Imputación de la Administración
2. Lesión resarcible
3. Antijuricidad del daño o lesión
4. Relación directa

1. **Para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración tiene que existir–necesariamente– imputación como fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño**, en base a la relación efectiva entre aquél y la Administración, por funcionamiento normal o anormal del servicio público. Además del título de imputación, el hecho indemnizable ha tenido que desarrollarse bajo la cobertura o tutela de la Administración sanitaria, siendo indiferente que el mismo haya sido realizado por persona física: lo importante es que esté integrada en la organización de un Ente Público sanitario.

2. **La normativa viene excluyendo el término "*daño*" por el de "*lesión*", más restrictivo en su aplicación**: en el sentido técnico-jurídico del término, toda lesión es integrante de un daño y perjuicio, pero no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión [STS 11 de junio de 2002] –la lesión no es otra cosa que un daño que adolece de antijuricidad–. Además, el daño real ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, considerándose a la lesión no soportable por el usuario como el daño antijurídico susceptible de reparación. El *quantum* indemnizatorio de la reparación del menoscabo ocasionado debe cubrir todos los daños y perjuicios:

a) **Por daño efectivo se entiende el daño cierto ya producido, actual, no simplemente posible, contingente, hipotético o futuro**.

La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de la reparación integral, siendo también indemnizable el daño emergente, el lucro cesante o la ganancia dejada de obtener. El daño, para ser resarcido, ha de consistir en un daño real, excluyéndose los daños dudosos o presumibles que dependan de circunstancias futuras no determinadas ni determinables, así como la mera frustración de expectativas: al no ser admisible la mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios se excluyen los meros "*sueños de ganancias*" [STS 9 de junio de 2015].

b) **El perjuicio evaluable económicamente concurre cuando haya tenido lugar una trascendencia patrimonial apreciable cuya valoración se pueda hacer en dinero**. En dicho concepto se incluyen no solo los daños en bienes y derechos patrimoniales, sino que ha de alcanzar a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, incluidos los daños morales, corporales y los de otra índole –en términos diferentes, *pretium doloris*, que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados [STS 2 de noviembre de 2011]–.

"Lo más importante en la responsabilidad objetiva es la demostración de la existencia del nexo causal entre la acción u omisión administrativa y el resultado dañoso producido"

3. **La antijuricidad del resultado o lesión significa que el daño causado no debe gozar de título legítimo que se justifique en Derecho; en otras palabras, que el usuario no tenga la obligación jurídica de soportar el daño o lesión sufrida derivado de la actuación administrativa** [STS 26 de mayo de 2010]. Se convierte la antijuricidad en un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa, donde lo relevante es la antijuricidad del resultado o lesión. Como quiera que la antijuricidad surge cuando no existe un título que exija como jurídicamente querido el resultado producido, habrá que determinar en cada caso cuál sea ese título. **En materia sanitaria pueden extraerse algunos supuestos de daños antijurídicos: retraso en el diagnóstico** [STS 12 de noviembre de **2007**];

"Por daño efectivo se entiende el daño cierto ya producido, actual, no simplemente posible, contingente, hipotético o futuro"

incorrecta gestión de las listas de espera [STSJ Madrid 17 de mayo de 2007]; **seguimiento incorrecto de la evolución de la enfermedad** [STSJ Madrid 14 de octubre de 2008]; **error de diagnóstico** [STS 15 de septiembre de 2015]; **defectuosa asistencia sanitaria** [STS 4 de diciembre de 2012]; **o ausencia de consentimiento informado** [STS 9 de junio de 2015]. Pero se exime de responsabilidad patrimonial cuando exista fuerza mayor: la fuerza mayor es un hecho que no se puede evitar y que tampoco se puede prever, liberando a la Administración de la obligación de responder económicamente, salvo que se tratare de causas que no se pueden evitar pero sí prever, que en este caso se denominarían caso fortuito: la Administración no responde por acontecimientos de fuerza mayor pero responde del caso fortuito consecuencia de su carácter objetivo [STS 19 de octubre de 2000].

4. Pero **lo más importante en la responsabilidad objetiva es la demostración de la existencia del**

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Civitas, 2011
- GUERRERO ZAPLANA, J.:*Las peculiaridades de la administración sanitaria: el criterio de la Lex Artis*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, 2002
- MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "*La asistencia sanitaria y su reforma legislativa*", en Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 4, 2015
- MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y.: "*Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria*", en GALLARDO CASTILLO, Mª. J. et al: *La responsabilidad jurídico sanitaria*, Madrid, La Ley, 2011
- RIVAS LÓPEZ, A. L.: *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Málaga, Fundación asesores locales, 2012
- RIVERO YSERN, E. y MARCOS FERNANDO, P.: *Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública Española*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011

Disponible en: ***www.casosreales.es***

- *El consentimiento informado. Criterios legales y jurisprudenciales.* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GUERRA HUERTAS, ENRIQUE. *Consentimiento informado y responsabilidad médica. Análisis jurisprudencial.* Economist&Jurist Nº 121. Junio 2008. (www.economistjurist.es)
- RUIZ, JAVIER. *Responsabilidad civil médica* (II).Economist&Jurist Nº 95. Noviembre 2005. (www.economistjurist.es)
- GÓMEZ MENCHACA, CARLOS. *Cómo probar el error médico: Pasos a seguir* Economist&Jurist Nº 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)

nexo causal entre la acción u omisión administrativa y el resultado dañoso producido –*conditio sine qua non* entre la causa y el efecto adverso del hecho– [STS 10 de mayo de 2005]. Es condición necesaria para declarar la responsabilidad objetiva que la conducta se entienda atribuible a la Administración, y que entre la conducta y el daño exista una relación causa-efecto directa e indiscutible, sin intervención de elementos extraños que pudieran romper el nexo causal.

El régimen de responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria encuentra su propio límite, doctrinal y jurisprudencial, **en la figura jurídica de la *lex artis* como elemento de juridicidad o prueba indubitada de la administración para demostrar que la actuación del servicio se ajustó a las exigencias organizacionales**, pues el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales [STS 14 de marzo de 2005]. La *lex artis* es el criterio valorativo de la corrección de la actuación médica ejecutada por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida. Si bien la base de la responsabilidad patrimonial sanitaria es objetiva, en la práctica jurídica entran en juego factores de índole subjetiva que atemperan en gran medida esta responsabilidad objetiva. El criterio así marcado responde a una concepción subjetivizada de la objetividad que huye de vincular el funcionamiento del servicio a la responsabilidad derivada del daño. La *lex artis* de la profesión médica exige que el profesional sanitario –como experto– ponga a disposición del enfermo todos los medios materiales de que dispone, le proporcione todos los cuidados que requiere según el estado de la ciencia, y que prevea de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de la patología que trata de curar: es aquí donde podemos localizar la negligencia del técnico [STS 20 de febrero de 1999].

DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

En el marco del tema estudiado, no podemos ignorar la denominada doctrina del daño desproporcionado –resumida en las expresiones *res ipsa loquitur y faute virtuelle*– constituida cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave, en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que trata de atender e incompatible con las consecuencias de una terapia normal [STS 20 de junio de 2006]. Constituye la otra cara de los riesgos previsibles asumidos con la intervención médica. De acuerdo con esta teoría, **existe apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y de desviación de la *lex artis* al aparecer una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado** –no se trata de una prueba de presunciones sino de una deducción a *sensu contrario*– **cuando éste por desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revela inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su utilización, lo que estima la existencia probada del nexo causal**.

Asentadas las bases de una Administración garantista y generosa, en aras de la modernización y en un contexto de crisis económica, es puesta en duda por esa excesiva generalización indemnizatoria que constituye el carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial sanitaria: la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 hace tambalear los cimientos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad objetiva –e incluso de la fuerza mayor– cuyos hechos declarados probados son los siguientes: un niño es ingresado "*para ser intervenido de vegetaciones*". Los días previos a la operación se le administra "*urbason en forma de aerosol*" hasta que se decide suministrárselo "*vía intravenosa*". Ipso facto, el menor queda "*inconsciente tras sufrir una parada cardiorrespiratoria inmediata tras la administración del fármaco*" tardando "*30 minutos en recuperar el latido" lo que le produce "una lesión cerebral irreversible*". Para mayor inri, quién suministra el fármaco fue un "*estudiante de tercer curso de enfermería*" que "*llamó enseguida a la enfermera*" y "*se llevó al menor inmediatamente a la sala de reanimación donde el personal de enfermería inició las operaciones de reanimación. Se llamó al pediatra de guardia que se personó en dos minutos y éste fue el que ordenó que se avisase al intensivista". "La Sala de instancia deduce que no hay prueba de un funcionamiento anormal, ignorándose la causa de la parada cardiorrespiratoria, siendo conforme a la lex artis la actuación realizada a partir de la misma". Se declara que "se está ante un supuesto de fuerza mayor*". Pero la conclusión a la que llega la Sala –y confirma el TS– es "*que sobre la base de la historia clínica y de la prueba practicada, no puede determinarse que la causa de la parada cardiorrespiratoria fuese medicamentosa y sin que haya prueba que permita afirmar que la causa de la misma estuviese en una quiebra de la lex artis*".

En suma, la sentencia confirma que se está ante un supuesto de fuerza mayor: hecho que no se puede evitar y que

tampoco se puede prever. De los informes de los peritos de la Administración la sentencia llega a la conclusión de que el daño era imprevisible, sin indagar realmente en la previsibilidad o no del mismo, lo que descarta automáticamente el estudio de la figura jurídica del caso fortuito –del que debe responder la Administración o aseguradoras por no ser admisibles los daños–. Además, existen diferentes versiones sobre la actuación de reanimación tras la parada cardiorrespiratoria [la STS que se analiza deviene de un recurso interpuesto a la STSJ Comunidad Valenciana 10 de junio de 2014] otorgando de nuevo total importancia a los informes médicos existentes aportados por la Administración: puede considerarse excesivo que en un hospital con profesionales facultativos se haya seguido la secuencia señalada en los hechos, poniendo realmente en duda, la actuación diligente al respecto y el tiempo empleado en la misma. De igual modo, sorprende que no se haya acogido la doctrina del daño desproporcionado –como último recurso de la responsabilidad de la Administración–: el resultado dañoso excede de lo previsible y normal.

No existe daño desproporcionado –por ejemplo– si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención –que en este caso no lo es por ser totalmente desproporcionado– pero ha habido una errónea ejecución –que tampoco parece haberla según sentencia; de lo contrario, debiera de haberse estimado la responsabilidad objetiva sin acudir a la doctrina del daño desproporcionado– [STS 6 de abril de 2015]. **Para que no se atribuya responsabilidad por daño desproporcionado a la Administración, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria, debe asumir la carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño**. En la siguiente sentencia no existe relación de causalidad pues es evidente que las secuelas son manifestación de la enfermedad: "poloneuropatía mixta sensitivo-motora, *síndrome doloroso regional complejo y depresión reactiva" que es un "proceso en todo el cuerpo (sistémico) que daña las neuronas, las fibras nerviosas (axones) y las cubiertas de los nervios (vaina de mielina)*" lo que provoca, entre otros síntomas, "*dificultad de caminar*". [STS 9 de abril de 2015]. Igualmente, creemos lógico no admitir la doctrina de daño desproporcionado cuando se interviene qui-

Suscríbase a
Economist & Jurist

Acceso a la revista mensual digital
por tan sólo **99€/año** + IVA (gastos de distribución incluídos)

Trae a un amigo a **Economist & Jurist** y consigue un **20%** de descuento en la factura de tu suscripción.

Cumplimente los datos o llame al teléfono de atención al cliente 902438834

Razón social NIF
Apellidos Nombre
Nombre y apellidos del amigo suscrito a Economist & Jurist
Dirección Número C.P Población
Provincia Teléfono Móvil
Email Fax
Nº Cuenta Firma

Entidad Oficina Control Nº Cuenta

En cumplimento con lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, le informamos de que los datos facilitados formarán parte de los ficheros titularidad de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., inscritos en el registro General de Protección de Datos, cuyos fines son la gestión de nuestra relación comercial y administrativa, así como el envío, a través de cualquier medio, de información acerca de los productos de la compañía que creamos puedan ser de su interés. Así mismo, y para el exclusivo cumplimiento de las mismas finalidades, informamos que con los datos facilitados, nos presta su autorización para su comunicación a la empresa del mismo grupo conocida como Instituto Superior de Derecho y Economía. Usted puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a sus datos pe rsonales dirigiendo una comunicación por escrito a Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. C/ Recoletos 6, 28015 Madrid, o a la siguiente dirección de correo electrónico: datos@difusionjuridica.es.
* I.V.A. no incluido.

☐ No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

rúrgicamente a un paciente de 72 años con graves problemas coronarios que no pudo superar un derramamiento de bilis no detectado al poseer los siguientes antecedentes: "*obesidad, HTA y broncopatía obstructiva, que suponían un especial riesgo al abordar su intervención y posterior tratamiento, y que al producirse la sepsis, sin duda, contribuyeron al definitivo desenlace*" [STS 4 de junio de 2013; o STS 4 de diciembre de 2012].

El daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional [STS 23 de octubre de 2015]. Se exige una explicación coherente de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida [STS 14 de mayo de 2008], de modo que la ausencia u omisión de la explicación puede determinar la imputación creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. **La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad en conexión con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa** [STS 23 de octubre de 2008]. En el caso que analizamos, no queda probada por la Administración, ni siquiera, la causa de la parada cardiorrespiratoria –"*no puede determinarse que la causa de la parada cardiorrespiratoria fuese medicamentosa*" [STS 19 de mayo de 2016]– solo se prueba –como es evidente– que las consecuencias –lesión cerebral irreversible– se debieron a la misma.

La doctrina del daño desproporcionado –o resultado clamoroso– **se aplica cuando la consecuencia lesiva causada no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con la entidad de la intervención y no era previsible, convirtiéndose en inesperado, inexplicado e inasumible** –por su desproporción– **ante lo esperable de la intervención**: a nuestro juicio, existe apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y desviación de la lex artis al aparecer presunciones desfavorables que pueden generar un mal resultado. En suma, el resultado dañoso excede de lo predecible, siendo el resultado lesivo un riesgo totalmente discordante con la simple administración de un medicamento.

IMPORTANCIA DE LA VALORACIÓN JUDICIAL

En la valoración judicial de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, no es fácil establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio –*lex artis*– y el resultado producido, más cuando lo que se analiza es la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o deterioro, convergen tantos y tan variados factores. Aunque en su valoración se practiquen y desarrollen pruebas periciales, se analicen informes médicos, o se atiendan a opiniones de expertos, es extremadamente complicado llegar a una terminante conclusión acerca de la relación de causalidad. Al juez se atribuye la tarea, estrictamente jurisdiccional, de reconocer si concurre o no el imprescindible nexo causal: para ello deberá interpretar, discernir y fundamentar –dogmáticamente– una actuación médica. Al final, las meras suposiciones o hipótesis planteadas por los peritos constituyen conclusiones determinantes para la solución del pleito, debiendo ser el juez, con tales medios de prueba, quien viene obligado a decidir bajo criterios de razón y sana crítica, con objeto de llegar a la conclusión de si concurre o no la insustituible relación de causalidad entre la actuación del servicio sanitario y el resultado producido. Para mayor complejidad, la medicina –como ciencia experimental– no suele presentar un único método, por más que los protocolos médicos permitan llegar a unas pautas fundamentadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, a pesar de que caben otros, iguales o incluso más correctos, aunque no tengan un uso tan generalizado. ■

CONCLUSIONES

- El sistema de evaluación realizada por los jueces y tribunales, con base en pruebas e informes periciales o documentación aportada al proceso, es extremadamente arriesgado e incierto porque, a excepción de determinados supuestos donde la actuación es evidentemente negligente, la metodología ni es única, ni pacífica. Con estos signos tan inquietantes se contempla la fragilidad del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria, construcción teóricamente perfecta, pero, a veces, con resultados bastantes injustos. ¿Hasta qué punto es correcto o razonable que un tribunal, a la vista de unos informes de compleja interpretación y comprensión, se pronuncie acerca de la corrección o incorrección de la actuación del profesional sanitario conforme la *lex artis*? En suma, el elemento culpabilístico continúa siendo trascendental para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por mucho que ésta venga anudada al resultado y no sea preciso –solo teóricamente– investigar si fue correcto el empleo de la técnica

DEMANDA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE [.....]

Dº. [.....], Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Dº. [.....], que debidamente acredito mediante copia de la escritura de poder que se acompaña **(Doc. UNO adjunto)**, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de fecha [.....] **(Doc. DOS adjunto)**, y no estando conforme con dicho acto, vengo a formular, en tiempo y forma, escrito de DEMANDA, al amparo del art. 52 y demás concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA], contra la resolución dictada por la Administración de [.....] en procedimiento de responsabilidad patrimonial derivado de asistencia sanitaria, en virtud de los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

HECHOS

PRIMERO.- Que con fecha [.....] y por causa imputable a la actuación de esta Administración [.....] se produjeron los siguientes daños y perjuicios (especificar, con especial atención, las lesiones ocasionadas, los hechos que las han causado y el momento en que efectivamente se produjeron).

SEGUNDO.- De los anteriores hechos resulta evidente la relación de causalidad entre las lesiones producidas y la actuación de los profesionales sanitarios y servicios públicos de esta Administración (especificar el nexo causal).

TERCERO.- La cantidad económica a satisfacer por esta Administración se cifra en la cantidad total de [.....] € (superior a 30.050 € *necesario para que el órgano competente sea la Sala del Tribunal Superior de Justicia*), en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos.

CUARTO.- Para la comprobación de los hechos alegados se acompañan los siguientes documentos: (enumerar cada documento, foto, explicación, declaración de testigo, etcétera).

QUINTO.- En fecha [.....] mi representado inició procedimiento de responsabilidad patrimonial ante la Administración demandada de [.....], la titular del Hospital donde se produjo la asistencia sanitaria, reclamando, en concepto de indemnización, la cantidad de [.....] €, más el interés legal desde la fecha de esta reclamación hasta su completo pago.

SEXTO.- Por la Administración de [.....] se instruyó el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, dictándose resolución de fecha [.....] desestimatoria de la reclamación y que se impugna en este proceso, con fundamento en la falta de nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo producido, frente a la cual se interpone el presente recurso.

Por todo lo anterior formulamos esta demanda con arreglo a los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS PROCESALES

PRIMERO.- **Jurisdicción**. Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 LRJCA, y estar expresamente incluido en el art. 2.d) del citado texto normativo.

SEGUNDO.- **Competencia**. Es competente la Sala de lo Contencioso Administrativo a la que me dirijo, de conformidad con el art. 10.1 a) LRJCA, en relación con el art. 8.2.c), dado que la reclamación de responsabilidad patrimonial excede de 30.050 euros, ostentando, asimismo, la competencia territorial conforme al art. 14.1, regla segunda, de la LRJCA.

TERCERO.- Capacidad procesal. Mi mandante posee capacidad procesal en virtud del art. 18 LRJCA.

CUARTO.- Legitimación. Asimismo, tiene legitimación activa, conforme al art. 19.1.a) LRJCA y art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su condición de perjudicado, teniendo legitimación pasiva la Administración de […….] en su condición de titular del Hospital donde se prestó la asistencia sanitaria.

QUINTO.- Representación y defensa. Se cumplen los requisitos de representación y defensa del art. 23 LRJCA al comparecer, la parte perjudicada, representada por Procurador y Abogado.

FUNDAMENTOS DE FONDO

SEXTO.- Fundamento legal. Se presenta recurso por responsabilidad patrimonial objetiva, con fundamento legal en el art. 106 CE y en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en reclamación de los daños y perjuicios derivados de la defectuosa asistencia sanitaria prestada a mi representado. Asimismo, se dan los requisitos necesarios para estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial: 1. Imputación de la Administración. 2. Lesión patrimonial resarcible. 3. Antijuricidad del daño o lesión. 4. Relación directa.

SÉPTIMO.- Imputación de la Administración. Consiste en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación efectiva entre el damnificado y la Administración, por funcionamiento normal o anormal del servicio público.

OCTAVO.- Lesión patrimonial resarcible. La lesión no es otra cosa que aquel daño con la nota de antijuricidad (habrá que desarrollar este fundamento jurídico en relación al caso concreto).

Además, el daño real ha de ser efectivo, no potencial o futuro, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, considerándose a la lesión no soportable por el usuario como el daño antijurídico susceptible de reparación.

NOVENO.- Antijuricidad del daño o lesión. El daño causado no debe gozar de título legítimo que se justifique en Derecho; en otras palabras, que el usuario no tenga la obligación jurídica de soportar el daño o lesión sufrida derivada de la actuación administrativa (esclarecer este fundamento jurídico en relación al caso concreto).

DÉCIMO.- Relación directa. En cumplimiento de la línea seguida por la doctrina judicial [STS 10 de mayo de 2005] al ser la existencia del nexo causal entre la acción u omisión administrativa y el resultado producido el más importante de los requisitos exigidos –*conditio sine qua non* entre la causa

y el efecto adverso del hecho–, a continuación, sin demasiado esfuerzo intelectual, ni de interpretación jurisprudencial, acreditamos el nexo causal en base a: (dilucidar este fundamento jurídico en relación al caso concreto).

Es condición necesaria para declarar la responsabilidad objetiva que la conducta se entienda atribuible a la Administración, y que entre la conducta y el daño, exista una relación causa-efecto directa e indiscutible, sin intervención de elementos extraños que pudieran romper el nexo causal, como ha quedado probado.

DECIMOPRIMERO.- ***Lex artis***. El régimen de responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria encuentra su propio límite, doctrinal y jurisprudencial, en la figura jurídica de la *lex artis* como elemento de juridicidad o prueba indubitada de la Administración para demostrar que la actuación del servicio se ajustó a las exigencias organizacionales. Pero es evidente que en este caso, la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la *lex artis*, en otros términos, a una mala praxis sanitaria (comentar este fundamento jurídico en relación al caso concreto demostrando, de manera efectiva, el no cumplimiento de la *lex artis*).

DECIMOSEGUNDO.- Doctrinal del daño desproporcionado. En defecto de los requisitos necesarios para no estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave, en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que trata de atender e incompatible con las consecuencias de una terapia normal [STS 20 de junio de 2006] puede acudirse a la denominada doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso, en relación con la responsabilidad objetiva que engloba a la Administración sanitaria. Constituye la otra cara de los riesgos previsibles asumidos con la intervención médica. De acuerdo con esta teoría, existe apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y de desviación de la *lex artis* al aparecer una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado –no se trata de una prueba de presunciones sino de una deducción a sensu contrario– cuando éste por desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revela inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su utilización, lo que estima la existencia probada del nexo causal (justificar este fundamento jurídico en relación al caso concreto).

DECIMOTERCERO.- ***Quantum de la indemnización***. Para determinar el quantum de la indemnización de los daños ocasionados, ha de acudirse a los criterios establecidos en la reglamentación del Seguro de Automóviles, y en concreto, al baremo aprobado a efectos de las coberturas de accidentes de seguridad vial, desglosándose los conceptos en las siguientes cantidades: a) la cantidad de [……] €, por días de baja; b) la cantidad de [……] €, por secuelas; y c) la cantidad de [……] €, por daño moral. Lo anterior, en conexión con los criterios determinados por la jurisprudencia en daños sufridos en accidentes de circulación de vehículos a motor.

DECIMOCUARTO.- Costas procesales. En materia de costas procesales, imperativo legal de condenar a la Administración en caso de que exista estimación sustancial de nuestra petición, de acuerdo con el art. 139.1 LRJCA.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA: Tenga por presentado este escrito, junto con los documentos que acompañan, se sirva admitirlos, teniendo por evacuado, en tiempo y forma, el trámite conferido para formalización

de la demanda, con devolución del expediente, y disponga la sustanciación del recurso, tras los trámites pertinentes, a fin de que en su día, sea dictada Sentencia, por la que se reconozca y declare:

Primero: que la resolución de la Administración de [……] de fecha objeto de impugnación, no es conforme a Derecho, declarando su anulación.

Segundo: se reconozca a mi representado el derecho a ser indemnizado por responsabilidad patrimonial derivada de la defectuosa asistencia sanitaria y, en consecuencia, se condene a la citada Administración a indemnizar a mi principal en la cantidad total de [……] €, más intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa.

Tercero: se condene en costas a la Administración Pública demandada.

OTROSÍ DIGO PRIMERO: Se solicita el recibimiento a prueba con el fin de poder acreditar la realidad de las alegaciones de la demanda y que versará exclusivamente sobre: 1) Mala praxis y antijuricidad del daño o lesión; 2) Nexo de causalidad; y 3) Lesión patrimonial resarcible.

Para acreditar tales hechos, y sin perjuicio de lo que resulte de la contestación a la demanda, esta parte **PROPONE** los siguientes medios de prueba:

I. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

II. DOCUMENTAL: Que se admitan los documentos que acompañan a la demanda.

III. PERICIAL a fin de que el perito D. [……] se ratifique en el dictamen obrante en folios [……] del expediente administrativo y aclare y amplíe los extremos recogidos en su informe, interesándose su citación a la vista.

Por lo que **SUPLICO A LA SALA** acuerde de conformidad en el momento procesal correspondiente, admitiendo los medios de prueba propuestos por esta parte.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: Que a los efectos del art. 40 y siguientes LRJCA, señalo la cantidad de [……] €, como cuantía del presente recurso, en aplicación de las reglas recogidas en el art. 42.1.b) de la citada Ley Procesal aplicable a este caso.

Por lo que **SUPLICO A LA SALA** tenga por señalada la cuantía del recurso.

Es Justicia que pido respetuosamente en [……] a […de…de….].

Firma Procurador

Firma Abogado

DISTINTOS TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA Y REQUISITOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CONSEGUIRLOS

Ángela Urbón Llaca. Abogado de Zarraluqui Abogados de Familia

SUMARIO

1. Guarda y custodia compartida o alternativa
2. Guarda y custodia monoparental o exclusiva

Legalmente, la guarda y custodia de los hijos constituye uno de los derechos y facultades de los progenitores dentro de la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad. De esto se desprende que ambos progenitores – cotitulares de la patria potestad – tienen el deber y la facultad de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía.

Coloquialmente, podemos decir que la guarda y custodia se entiende como el cuidado, la atención y la asistencia diaria de los hijos.

En casos de separación, divorcio o ruptura de una pareja, la guarda y custodia de los hijos comunes menores de edad podrá ser ejercida por uno de los progenitores, por ambos conjuntamente o, incluso, por terceras personas en supuestos de suspensión o privación de la patria potestad de los progenitores. En este último caso, puede atribuirse la guarda y custodia de los menores a sus abuelos, a otros parientes o, en su defecto, a una institución idónea.

En términos generales, existen **dos tipos de guarda y custodia** que podrán ser solicitados por cada uno de los progenitores:

1. Guarda y custodia monoparental, individual o exclusiva, que a su vez podrá ser paterna o materna.

2. Guarda y custodia alternativa o compartida, que será ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

Dicho lo anterior, debemos partir de la base de que el juez, a la hora de atribuir la guarda y custodia, deberá hacerlo siempre teniendo en cuenta el mayor bienestar o interés de los hijos (**principio del "favor filii**") por encima del interés personal o conveniencia

de los progenitores. Se trata de uno de los principios básicos que rigen el ordenamiento jurídico español y que garantiza el desarrollo y la protección integral de los hijos frente a cualquier circunstancia que les afecte

A continuación, pasamos a analizar cuáles son, actualmente, los requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para acordar una u otra modalidad de guarda y custodia: **a)** Guarda y custodia compartida o alternativa y **b)** Guarda y custodia monoparental o exclusiva:

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNATIVA

El Tribunal Supremo, en su conocida **sentencia número 257/2013 de 29 de abril** – de la que fue ponente don José Antonio Seijas Quintana –, fijaba doctrina jurisprudencial sobre la guarda y custodia compartida señalando que "*la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario,* ***habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores****, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*". Además, **1)** Declaraba que la guarda y custodia compartida "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida" y **2)** Enumeraba algunos de los requisitos o criterios que se deben tener en consideración para la atribución de este sistema de guarda y custodia.

En este sentido:

1) La guarda y custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por esta medida.

Si bien el "interés del menor" es un concepto jurídico indeterminado, abstracto e incluso "versátil", nuestro alto Tribunal, en su **sentencia número 194/2016 de 29 de marzo** (ponente: don José Antonio Seijas Quintana) declaró lo siguiente: "*Se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten... y que la medida que se adopte en el interés*

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 69730124) Art. 9

"La distancia entre los domicilios de los progenitores es un factor que ha de ser ponderado por el juez a la hora de decidir sobre la adopción o no de este régimen de guarda y custodia"

superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

Asimismo, en su reciente **sentencia número 433/2016 de 27 de junio** (ponente don Eduardo Baena Ruiz) el Supremo afirma que "***el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste***".

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal supremo de fecha 29 de abril de 2013, núm. 257/2013, Nº Rec. 2525/2011, (Marginal: 2426532)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo, núm. 194/2016, Nº Rec. 1159/2015, (Marginal: 69721821)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2016, núm. 433/2016, Nº Rec. 3698/2015, (Marginal: 69940160)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2016, núm. 138/2016, Nº Rec. 791/2015, (Marginal: 69720820)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 2016, núm. 52/2016, Nº Rec. 891/2015, (Marginal: 69481607)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2016, núm. 242/2016, Nº Rec. 1225/2015, (Marginal: 69724767)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2016, núm. 400/2016, Nº Rec. 1698/2015, (Marginal: 69883358)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo de 2016, núm. 115/2016, Nº Rec. 611/2015, (Marginal: 69718859)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2016, núm. 193/2016, Nº Rec. 1099/2015, (Marginal: 69727318)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2016, núm. 193/2016, Nº Rec. 2392/2014, (Marginal: 69721820)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2016, núm. 265/2016, Nº Rec. 2443/2015, (Marginal: 69724761)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2016, núm. 355/2016, Nº Rec. 3113/2014, (Marginal: 69743182)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de marzo de 2016, núm. 200/2016, Nº Rec. 1723/2015, (Marginal: 69721882)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2016, núm. 36/2016, Nº Rec. 3016/2014, (Marginal: 69477643)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2016, núm. 194/2016, Nº Rec. 1159/2015, (Marginal: 69721821)

En definitiva, lo que se pretende, según nuestro alto Tribunal, es "*aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos*" (**sentencia número 138/2016 de 9 de marzo** de la que fue ponente don Francisco Javier Arroyo Fiestas).

2) Algunos de los requisitos o criterios que se deben tener en consideración para el establecimiento de una guarda y custodia compartida (según la sentencia número 257/2013 de 29 de abril antes citada) son:

I. El deseo o la voluntad de los menores con madurez suficiente o, en todo caso, si son mayores de 12 años.

De acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, este último tiene derecho a ser oído y escuchado en cualquier procedimiento que le afecte cuando tenga suficiente madurez – lo que habrá de ser valorado por personal especializado – o, en todo caso, cuando tenga 12 años cumplidos.

Pues bien, la **sentencia del Tribunal Supremo número 52/2016 de 11 de febrero** (ponente: don Antonio Salas Carceller) acordó, en interés del menor, que se adoptara un sistema de guarda y custodia compartida ya que "*no concurren otros datos que hagan pensar en que la custodia compartida llevará consigo algún efecto negativo para dicho menor*" y "***la opinión del menor***

debe ser tenida muy en cuenta, no solo por su edad -entonces de 14 años-, sino por su madurez y lo expresado por el mismo en la exploración judicial, en la que manifestó de forma clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre".

II. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales: cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.

En este punto, traemos a colación, a modo de ejemplo, la **sentencia del Tribunal Supremo número 33/2016 de 4 de febrero** (ponente: don José Antonio Seijas Quintana) que declaró lo siguiente: "*no se advierte un solo motivo negativo para privar a la hija de compaginar la custodia entre ambos progenitores, según resulta de la sentencia*. ***Ambos se han implicado en el cuidado de la hija antes y después del divorcio y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura***".

III. El respeto mutuo en las relaciones personales entre ambos progenitores.

Si bien para que se establezca un sistema de guarda y custodia compartida se requiere compromiso y colaboración entre ambos progenitores; siendo necesario que entre ellos exista una relación de mutuo respeto, el Tribunal Supremo, en su reciente **sentencia número 433/2016 de 27 de junio** (ponente Eduardo Baena Ruiz) acordaba el establecimiento de una guarda y custodia compartida determinando a su vez que "*la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia" sino que*

"Es requisito necesario que la guarda y custodia compartida sea solicitada por al menos uno de los progenitores"

"El régimen de guarda y custodia monoparental se fijará siempre y cuando conste debidamente acreditado a lo largo de todo el procedimiento que el sistema de guarda y custodia compartida no resulta beneficioso para el menor"

"sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio".

IV. El resultado de los informes legalmente exigidos.

La **sentencia del Tribunal Supremo número 433/2016 de 27 de junio** (ponente: don Eduardo Baena Ruiz) se apoya en el informe psicosocial, en el que "se aprecia que la menor afirma estar bien con su padre, que le ofrece un cuidado adecuado. Asimismo afirma estar bien con su madre. Cuando mejor expresa la necesidad que tiene de ambos es cuando expresa su deseo de «que ambos progenitores vivan juntos»", para determinar que "el régimen que más se asimila es el de guarda y custodia compartida".

Y esta es la doctrina jurisprudencial – sobre los criterios o requisitos básicos para el establecimiento de una guarda y custodia compartida – a la que, recientemente, continúa remitiéndose nuestro Tribunal Supremo. A modo de ejemplo: **sentencia número 86/2016 de 19 de febrero y sentencia número 242/2016 de 12 de abril** (de las que fue ponente don Francisco Javier Arroyo Fiestas) y sentencia número 400/2016 de 15 de junio (de la que fue ponente don Eduardo Baena Ruiz).

3) Al margen de los criterios recogidos en la repetida sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013 de 29 de abril, la distancia entre los domicilios de los

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo de Derecho Civil. 2ª Edición. Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- BARBERO, TERESA. GALÁN, CRISTINA. PEÑA, EDUARDO. GAJA, IRIS. *La nueva Ley del Divorcio*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2005

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RODRÍGUEZ MARTÍN, Mª ANGELES. *La guarda y custodia compartida ¿un régimen excepcional?* Economist&Jurist Nº 191. Junio 2015. (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Economist&Jurist Nº 171. Julio-Agosto 2013. (www.economistjurist.es)
- VIVES MARTÍNEZ, GEMMA. *Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia*. Economist&Jurist Nº 113. Septiembre 2007. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ GÁLVEZ, AROA. *Guarda y custodia paterna*. Economist&Jurist Nº 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)

progenitores es un factor – no un requisito determinante ni excluyente – que ha de ser ponderado por el juez a la hora de decidir sobre la adopción o no de este régimen de guarda y custodia.

Según el Tribunal Supremo, la distancia entre los domicilios se ha de tener en consideración para denegar la guarda y custodia compartida solo cuando ello pueda perjudicar al interés del menor – afectando, por ejemplo, a sus horarios o rutinas diarias – por residir los progenitores en municipios lejanos.

En este sentido, la **sentencia del Tribunal Supremo número 115/2016 de 1 de marzo** denegó la guarda y custodia compartida a un padre como consecuencia de la distancia entre su domicilio (en Cádiz) y el de la madre (en Granada).

4) También al margen de los requisitos fijados en la sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013 de 29 de abril, y a falta de acuerdo entre las partes, es requisito necesario que la guarda y custodia compartida sea solicitada por al menos uno de los progenitores.

Para la adopción de este sistema de guarda y custodia debemos partir de la existencia de petición de parte. Es decir, la guarda y custodia compartida deberá ser solicitada por al menos uno de los progenitores (**sentencia del Tribunal Supremo número 400/2016 de 15 de junio**, siendo ponente don Eduardo Baena Ruiz); no pudiendo, por tanto, ser acordada de oficio por un juez.

GUARDA Y CUSTODIA MONOPARENTAL O EXCLUSIVA

A diferencia de todo lo expuesto anteriormente sobre la guarda y custodia compartida, en los supuestos de guarda y custodia monoparental, **nuestro Tribunal Supremo ni ha fijado doctrina ni ha enumerado los criterios o requisitos que se deben tener en consideración para su establecimiento. De esta forma, "*el criterio aplicable para la resolución de la cuestión jurídica planteada depende de las circunstancias fácticas de cada caso*" (sentencia de 18 de marzo de 2015** de la que fue ponente don Francisco Javier Orduña Moreno); debiéndose estar, por tanto, a lo acreditado y declarado probado en cada supuesto de hecho concreto.

De este modo, teniendo en cuenta la doctrina y tendencia jurisprudencial anteriormente citada, podemos llegar a la conclusión de que, **para el Supremo, el régimen de guarda y custodia monoparental se fijará siempre y cuando conste de-**

bidamente acreditado, a lo largo de todo el procedimiento, que el sistema de guarda y custodia compartida – en caso de haber sido solicitado por alguno de los progenitores – **no resulta beneficioso para el menor** y, por ende, la guarda y custodia exclusiva (paterna o materna) es la mejor opción para los hijos.

Dicho lo anterior, nuestro alto Tribunal acuerda el establecimiento de una guarda y custodia monoparental en los siguientes supuestos:

1) Interés del menor.

Cuando consta acreditado que "*ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia" y "el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente*" (**sentencia del Tribunal Supremo número 283/2016 de 3 de mayo**, siendo ponente don Eduardo Baena Ruiz); denegándose en esta sentencia el establecimiento de una guarda y custodia compartida "*no por ser desfavorable para el interés de los menores sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articularla*".

2) Deseo o voluntad del menor con madurez suficiente – o en todo caso si es mayor de 12 años – y resultados de los informes legalmente exigidos.

Sin perjuicio de que ninguna prueba es vinculante para el juez, en este punto, traemos a colación la **sentencia del Tribunal Supremo número 193/2016 de 20 de marzo** (ponente: don José Antonio Seijas Quintana) en la que se pone de manifiesto que "*el menor reconoce al equipo psicosocial estar plenamente adaptado al sistema de custodia materna implantado desde las medidas provisionales previas, sin que haya argumentos para considerar más beneficioso el sistema de custodia compartida*" y no se concede la guarda y custodia compartida porque "*se valora el interés del menor con **expresa atención a la opinión del hijo de 11 años de edad***".

Por su parte, la **sentencia de 18 de mayo de 2016** (ponente: don Francisco Marín Castán) atribuye la guarda y custodia del menor al padre "*valorando la prueba obrante en las actuaciones y especialmente el **informe psicosocial**, considera procedente, de acuerdo además con **lo interesado por el Ministerio Fiscal**, atribuir la guarda y custodia del menor al padre con quien el menor lleva desde julio del año 2013, con una evolución positiva, psicológicamente estable y siendo esta medida la que ofrece mayores garantías*".

3) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales.

En su **sentencia número 265/2016 de 21 de abril** (siendo ponente don Antonio Salas Carceller) el Tribunal Supremo acuerda el establecimiento de una guarda y custodia exclusiva – ya fijada en sede de medidas provisionales – por haber quedado debidamente probado que este sistema "funciona" ya que "*los menores se encuentran en estado evolutivo saludable, tienen buena adaptación escolar, buen estado de salud y un proceso de desarrollo normalizado" y "el padre no ha acreditado la inexistencia de riesgo de que el cambio afecte negativamente a la **estabilidad de que hoy gozan los menores en el entorno de la madre***".

Por su parte, la **sentencia número 355/2016 de 30 de mayo** (ponente: don Eduardo Baena Ruiz) acuerda una guarda y custodia paterna valorando "*a tal fin la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre, así como la **mayor vinculación afectiva**, por las circunstancias del caso, **del menor con la familia paterna***".

Y, en su **sentencia número 200/2016 de 31 de marzo** (ponente: don Eduardo Baena Ruiz), el Supremo se decanta "*por que sea la madre la que continúe como custodia por haber sido la **cuidadora principal desde su nacimiento***".

4) Relación personal entre los progenitores.

Si bien el Tribunal Supremo tampoco ha fijado doctrina en este sentido, podemos afirmar, según las últimas sentencias dictadas, que **la existencia de una condena penal en el ámbito familiar contra uno de los progenitores o el mero hecho de estar incurso uno de ellos en un proceso penal por un presunto delito de violencia doméstica son factores que pueden resultar determinantes para denegar el establecimiento de una custodia compartida;** entendiendo, por tanto, nuestro alto Tribunal que, en estos casos, la guarda y custodia exclusiva es la mejor opción para los menores. En este sentido:

- La **sentencia número 36/2016 de 4 de febrero** (ponente: don José Antonio Seijas Quintana) – en un supuesto de hecho concreto en el que el padre había sido condenado por un delito de amenazas en el ámbito familiar – deniega el establecimiento de una guarda y custodia compartida por la "*evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situa-*

ción de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada".

- Por su parte, la **sentencia número 350/2016 de 26 de mayo** (ponente: don Francisco Javier Arroyo Fiestas) atribuye la guarda y custodia de los menores a la madre – encontrándose el padre incurso en un proceso penal por un presunto delito de violencia doméstica – por cuanto "*es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia*" y concluyendo que el *régimen de custodia compartida "afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente*".■

CONCLUSIONES

- Si bien hemos analizado los supuestos o los criterios y requisitos en los que se basa ahora nuestro Tribunal Supremo para acordar uno u otro sistema de guarda y custodia la realidad es que, en la práctica, ni los juzgados ni las audiencias provinciales vienen aplicando, de manera rigurosa, la doctrina jurisprudencial antes citada en relación con la guarda y custodia compartida. Por ello, es fundamental resaltar que el propio Tribunal Supremo, en su sentencia número 194/2016 de 29 de marzo (ponente: don José Antonio Seijas Quintana), destacó la importancia de que las audiencias provinciales respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica "por encontrarnos ante un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los tribunales a los asuntos similares"

Fiscal & Laboral al día

SUSCRIPCIÓN A FISCAL & LABORAL DIGITAL POR 99€/AÑO.
ACCESO ILIMITADO A LA WEB DE FISCAL & LABORAL.

CUMPLIMENTE LOS DATOS

Razón social NIF

Apellidos Nombre

Dirección Número C.P Población

Provincia Teléfono Móvil

Email Fax

Nº Cuenta Firma

Entidad Oficina Control Nº Cuenta

En cumplimento con lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, le informamos de que los datos facilitados formarán parte de los ficheros titularidad de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., inscritos en el registro General de Protección de Datos, cuyos fines son la gestión de nuestra relación comercial y administrativa, así como el envío, a través de cualquier medio, de información acerca de los productos de la compañía que creamos puedan ser de su interés. Así mismo, y para el exclusivo cumplimiento de las mismas finalidades, informamos que con los datos facilitados, nos presta su autorización para su comunicación a la empresa del mismo grupo conocida como Instituto Superior de Derecho y Economía. Usted puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a sus datos pe rsonales dirigiendo una comunicación por escrito a Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. C/ Recoletos 6, 28015 Madrid, o a la siguiente dirección de correo electrónico: datos@difusionjuridica.es.

* I.V.A. no incluido.

☐ No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE UN DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO

www.casosreales.es
casosreales@difusionjuridica.es

Casosreales.es
La solución al caso

SUMARIO

- El Caso
  - *Supuesto de hecho*
  - *Objetivo. Cuestión planteada*
  - *La estrategia del abogado*
- El Procedimiento Judicial
  - *Partes*
  - *Peticiones realizadas*
  - *Argumentos*
  - *Normativa*
  - *Resolución judicial*
- Jurisprudencia relacionada con el caso
- Documentos jurídicos
- Biblioteca

EL CASO

Supuesto de hecho

Valdemoro, 03-03-2008

D. Alfonso y Dña. María Asunción contrajeron matrimonio canónico el 24 de Agosto de 1991, fruto de su matrimonio nacieron tres hijos, Francisco Javier, Borja y Lara (esta última menor de edad).

Se produjo divorcio de mutuo acuerdo entre ambos con sentencia de 3 de Marzo de 2008, con la firma de un convenio regulador aceptado por ambos.

Alfonso manifiesta que en la actualidad, las circunstancias que llevaron a adoptar dichas medidas han variado sustancialmente, por ello se solicita un cambio de medidas respecto a la menor.

Objetivo. Cuestión planteada

En este caso nuestro cliente es el padre de la menor, Lara, y su objetivo principal es conseguir una modificación de las medidas acordadas en el convenio regulador de divorcio, respecto al régimen de guarda y custodia de la menor, manifestando que en la actualidad las circunstancias han cambiado y la madre tiene problemas psicológicos que la originan la imposibilidad de protección de la menor.

La estrategia. Solución propuesta

La estrategia del abogado se basa, fundamentalmente, en demostrar la existencia de problemas psíquicos en la madre que impiden la guarda y custodia de la menor.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro

Tipo de procedimiento: Modificación de medidas definitivas

Fecha de inicio del procedimiento: 01-09-2011

Partes

• Parte demandante:

D. Alfonso

El Ministerio Fiscal:

El defensor judicial

• Parte demandada:

Dña. María Asunción

Peticiones realizadas

• Parte demandante:

Solicita que le corresponda la guarda y custodia de la hija menor, Lara.

La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, quienes adoptarán de común acuerdo y velando siempre por su interés, todas las decisiones que afecten a la menor, decidiendo en los casos de desacuerdo la autoridad judicial.

Se solicita el uso y disfrute de la vivienda familiar para poder educar a la menor en el hogar familiar.

Dña María Asunción deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija menor 12 mensualidades de 147 euros cada una, esta pensión será actualizable conforme al IPC.

Corresponderá a ambos progenitores atender por mitad los gastos extraordinarios que precise la menor.

• El Ministerio Fiscal:

Se opone a las peticiones solicitadas por el actor.

• Parte demandada:

En su escrito de Contestación a la demanda se opone a la misma, solicitando la desestimación de la misma.

Argumentos

• La parte demandante, en su demanda, fundamenta sus peticiones en los siguientes argumentos:

Por acuerdo de ambos esposos, en fecha de 30 de Julio del 2.010, decidieron que el uso de la vivienda familiar, fuera utilizada por ambos por períodos de 6 meses, pero no ha podido utilizar esta vivienda familiar, por habérselo impedido su ex esposa.

En la actualidad el demandante se encuentra en situación de desempleo por lo que sus ingresos son escasos como para poder hacer frente a la pensión alimenticia de la menor.

Argumenta que Dña. María Asunción en la actualidad se encuentra totalmente incapacitada para asumir la guarda y custodia de la menor, ya que está inmersa en una depresión y ha tenido un intento de suicidio.

• La parte demandada, en su Contestación a la demanda, fundamenta sus peticiones en los siguientes argumentos:

Argumenta que la situación de desempleo de D. Alfonso es falsa, se encuentra actualmente trabajando en una empresa de servicios.

Alega su capacidad para asumir la guarda y custodia de la menor, denunciando las mentiras dichas por la parte denunciante. (El incidente puntual de suicidio se produjo debido a las crisis de la pareja y a los malos tratos recibidos por su ex marido).

Solicita la desestimación de la demanda formulada por su ex pareja.

Normativa

Ley de Enjuiciamiento Civil: 293.2, 769, 770, 771, 773 y 775.

Código Civil: Arts 90, 91, 92 y 394 .

Ley de Protección Jurídica del Menor: Arts 1, 2 11 y 20.

Documentación aportada

• La parte demandante en su demanda aportó los siguientes documentos:

Certificado de nacimiento de los 3 hijos fruto del matrimonio.

Sentencia de divorcio junto con el convenio regulador.

Hoja de inscripción en el INEM (debido a la situación de desempleo en la actualidad.

• La parte demandada aportó los siguientes documentos:

Informe pericial psicosocial.

Prueba

Ambas partes solicitan se practique prueba documental con base en los documentos aportados en el procedimiento.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 16-11-2012

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:

El Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Valdemoro desestima íntegramente la Demanda de Modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

La Sentencia basa la condena en:

No se produce una alteración sustancial de las circunstancias para poder formular una modificación de las medidas definitivas no se ha podido detectar en el momento actual ninguna circunstancia que merme la capacidad de D María Asunción para asumir la guarda y custodia de su hija menor Lara.

No se procede a atribuirle al demandante el uso y disfrute del domicilio familiar debido a la no estimación de su petición de guarda y custodia de su hija.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON ESTE CASO

- Tribunal Supremo, de 20-07-2015. **CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 69345916**

- Tribunal Supremo, núm. 416/2015, de 20-07-2015. **CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 69345964**

Documentos jurídicos de este caso www.casosreales.es

Nº DE CASO: 7172

DOCUMENTOS JURÍDICOS DE ESTE CASO

1. Demanda

2. Sentencia censurada

3. Contestación a la demanda

FORMULARIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON ESTE CASO

Formulario de demanda de separación de mutuo acuerdo.

Formulario de escrito de demanda de modificación de medidas definitivas.

BIBLIOTECA

- **Artículos jurídicos**

Crisis matrimoniales internacionales: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en casos de nulidad matrimonial, separación de hecho, separación judicial y divorcio (julio-agosto 2014).

¿Es innecesaria la vista de medidas provisionales en los procesos matrimoniales de separación y divorcio? (junio 2009).

La reforma del Código Civil en materia de matrimonio, separación y divorcio: Ley 13/2005 de 1 de julio y Ley 15/2005 de 8 de julio (diciembre-enero 2006).

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº

AL JUZGADO

D. ..... Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la demandada D..... cuyos datos personales ya constan en los autos de referencia, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que en la representación que ostento, y dentro dcl plazo conferido para ello, por medio del presente escrito fomento escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, oponiéndonos a la misma, con apoyo en los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

HECHOS

Cuestión previa.- Se quiere hacer constar que a la hora de redactar este escrito de contestación a la demanda, ya se ha celebrado la comparecencia de medidas provisionales solicitadas per otrosí en la demanda principal (que se han conocido con el número 723/2011), por lo que haremos referencia a la prueba practicada en dicho acto, y sin perjuicio de reiterarlo en el momento procesal oportuno, desde ahora solicitamos que los documentos aportados por esta parte en esa comparecencia, se den por reproducidos en el presente procedimiento.

PRIMERO A TERCERO.- Conformes con los correlativos. No obstante, se omite en la demanda que los esposos, ya divorciados, convivieron en el mismo domicilio hasta el mes de julio de 2010.

CUARTO.- Efectivamente, ambos esposos suscribieron el documento n° 5 de la demanda, coincidiendo con la fecha en que el ahora demandante decidió abandonar la vivienda familiar.

No es cierto que el actor haya reclamado nunca el uso de la vivienda.

Verbalmente pactó con mi representada que el uso para ella y los hijos sería indefinido pero condicionado a que ella no cambiara la cerradura de la puerta y no le molestara pidiéndole dinero. De hecho, hasta hace pocas semanas, el demandante ha venido entrando en la vivienda cuando ha querido y sin avisar.

QUINTO.- En el correlativo se mencionan "importantes situaciones" que hacen inviable el cumplimiento del convenio regulador cuya modificación se pretende. Así,

1°.- Situación de desempleo del actor: como quedó acreditado en el acto de la comparecencia de medidas provisionales, D…….. se encuentra actualmente trabajando para la empresa "……..."

2°.- Se denuncia en el correlativo que D"……..." se encuentra incapacitada para asumir la guarda y custodia de la hija menor de ambos, alegando "importantes desequilibrios emocionales".

Para fundamentar lo anterior, se alega un incidente puntual acaecido en el mes de agosto de 2011, ocultando que fue la actitud del ex - esposo quien llevó a mi representada a caer en una depresión que nunca ha tenido carácter de invalidante, como prueba el hecho de que ha seguido trabajando y ocupándose de sus hijos y del hogar.

Ese incidente tuvo un detonante que quedó suficientemente aclarado en la comparecencia de medidas, y todos los documentos médicos que constan en dicho procedimiento y cuya reproducción hemos solicitado aquí, prueban lo siguiente:

- Que todas las consultas referidas a su estado anímico y mental a las que ha asistido mi representada tenían como causa la crisis de la pareja y han coincidido con actuaciones del esposo. De la historia clínica aportada por el Centro de Salud de …… comprobamos lo siguiente:

a) 29.10.07: Se diagnostica ansiedad, coincidiendo con el proceso de divorcio

b) 20.05.11: Se diagnostica depresión por problemas familiares, que coincide con el fin de semana que el actor pasó con mi mandante, creándole expectativas de reconciliación que no acabaron por confirmarse.

Tras este episodio, mi representada acudió voluntariamente al Servicio de Orientación Psicológico-sexológico Individualizado perteneciente a la Unidad de Promoción de la Salud de la Concejalía de Salud del ……,

donde inició la consultas el 22 de junio de 2011 y a las que asiste con regularidad hasta la fecha.

e) 04.08.11: Se produce la autolisis

d) 22.08.11: Acude a psicoterapia

e) 19.09.11: Se confirma la asistencia a psicoterapia

Los demás documentos acreditan que ha sido derivada a la Sección de psiquiatría adonde acude cuando es citada.

- De ninguno de los documentos obrantes en autos puede desprenderse que mi representada se encuentre en una situación de fuerte control médico —no hay más que ver el largo lapso de tiempo que transcurre entre una cita y otra de psiquiatría- ni tampoco depende de terceras personas para desenvolverse diariamente. Como se asegura en la propia demanda, acude regularmente a su trabajo en la propia demanda, Dª…… acude regularmente a su trabajo en…….

No obstante, no se narra en el escrito de demanda ningún incidente relacionado directamente con la menor que justifique el cambio de atribución de guarda y custodia: no consta que la menor se encuentre desatendida por la madre, ni que ésta haya provocado una disminución en el rendimiento escolar de su hija, tampoco que la menor haya faltado injustificadamente al colegio. Y ello, porque no ha ocurrido. La madre siempre ha cuidado diligentemente de la hija.

SEXTO.- Por todo lo anterior, al no haber variado ninguna de las circunstancias existentes en ci momento do suscribir convenio regulador, no procede modificar el mismo, salvo en el punto referido a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

Como hemos expuesto anteriormente, ha sido la esposa quien en compañía de sus hijos ha venido haciendo uso en exclusiva del inmueble desde la separación definitiva de los esposos en julio de 2010.

Teniendo siempre corno objetivo la protección de los intereses de la menor, debe atenderse a la petición de que el uso de la vivienda sea atribuido con carácter permanente. En el presente caso, y en consecuencia con lo expuesto, dicha atribución debe concederse a la madre, quien es la que ostenta su guarda y custodia de la hija menor, hasta que se produzca la venta del inmueble. Y ello porque, así como el padre sí ha mostrado recursos pata habitar durante los últimos meses en otro domicilio, la madre carece de posibilidades de alojarse en otra vivienda para habitarla con su hija, y los traslados periódicos perjudicarían a ésta con toda seguridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I y II- De conformidad con los correlativos en cuanto no contradiga la posición manifestada por esta parte.

III.- Los allegados de contrario respecto a la modificación de medidas, pero "sensu contrario".

No existiendo una alteración sustancial en las circunstancias, no procede acceder a la modificación del convenio regulador, de conformidad con lo previsto en los artículos 90 párrafo penúltimo y art. 91 inciso último del Código Civil. Asimismo, el art. 775 LEC.

Respecto al fondo, y respecto al cambio de guarda y custodia, invocamos la Sentencia de AP Madrid, Sec. 22., de 5 de junio de 2010, por *la que "debe darse solución a través de la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, artículos 1 y 2y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y la normativa*

internacional, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1959, pues en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos, administrativos o judiciales, relativos a la custodia de los mismos.

Por ello, se debe atender a los elementos personales, familiares, sociales y materiales que concurren en la familia, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos individualizados como criterios de educación y ayuda escolar, buscando el adecuado clima de sosiego y equilibrio para su desarrollo, para lo que se hace preciso elegir las mejores pautas de conductas de los progenitores, sin necesidad de entrar en criterios de descalificación personal de uno y otro (...) ... debe mantenerse el pronunciamiento relativo a la custodia en favor de la madre, sin que constituyo motivo que inhabiliten a la misma el hecho de que pueda haber sufrido crisis de ansiedad, depresión, o deterioro físico o psíquico, y pueda necesitar tratamiento, según la evaluación psicológica efectuada en su momento por los……

Sobre la necesidad de establecer un uso y disfrute de la vivienda a favor de la menor y del progenitor en cuya compañía quede aquélla, invocamos la Sentencia AP Madrid, Sec. 24ª, de 21 de febrero de 2007, por la que se determina que, existiendo un hijo menor de edad, el uso del domicilio familiar ha de ser reconocido a éste y al cónyuge en cuya compañía queda (art. 96.10 CC), al no existir circunstancias especiales que justifiquen]ano atribución de uso, ni tampoco la temporalidad.

IV.- En cuanto a las costas, es de aplicación el art. 394 del Código Civil, debiendo ser impuestas al actor por temeridad y mala fe.

Por cuanto antecede,

SUPLICO AL JUZGADO: Que habiendo por recibido este escrito, lo admita, me tenga por personado en la representación que dejo acreditada de Dª……. solicitando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por contestada a la demanda formulada de contrario, y tras los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime la demanda en lo que se refiera a la modificación de la atribución de la guarda y custodia, y se dicte resolución por la que se acuerde la modificación de la medida referida a la atribución del uso y disfrute de la vivienda, especificando que dicha atribución sea permanente hasta la venta de la misma, con expresa condena en costas al actor.

Es Justicia que se pide en ……., a dieciocho de noviembre de dos mil once.

OTROSI DIGO: Que esta parte, anticipándose a la posible negación de determinados hechos por la parte contraria, solicita que en el acto del juicio se reciba este proceso a prueba, y al amparo de los artículos 293.2 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se propone para su práctica anticipada el siguiente medio de prueba:

INFORME PSICO-SOCIAL: A realizar por el Equipo de especialistas adscritos a este Juzgado, a fin de que, examinando todo el núcleo familiar (progenitores y hermanos), elaboren un informe que determine cuál de los progenitores es el más idóneo para que le sea atribuida la guarda y custodia de la hija menor.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por solicitado el recibimiento del pleito a prueba y, teniendo por propuesto el anterior medio de prueba para su práctica anticipada, lo admita y ordene lo necesario para su práctica, reservándose esta parte la proposición de otros medios de prueba para el momento procesal oportuno.

Es justicia que se reitera en el lugar y fecha indicados "ut supra".

LA RETRIBUCIÓN DEL PERIODO DE VACACIONES ANUALES

LA RETRIBUCIÓN DEL PERIODO DE VACACIONES ANUALES DEBE INCLUIR TODOS LOS CONCEPTOS RETRIBUTIVOS ORDINARIOS Y SOLO CABE EXCLUIR LOS EXTRAORDINARIOS O QUE SUPONGAN DOBLE PAGO

Jesús R. Mercader Uguina. Of Counsel y Director Académico de Sagardoy Abogados

SUMARIO

1. Aproximación jurisprudencial
2. La directiva 2003/88/CE
3. Aplicación de los Tribunales españoles

El Convenio nº 132 de la OIT, de fecha 29 de junio de 1970, sobre "vacaciones anuales pagadas", ratificado por España, dispone en su art. 7.1 que todo trabajador durante las vacaciones percibirá "por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado".

APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Sobre la base que proporciona el citado **Convenio** se había venido produciendo una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que había ayudado a definir el alcance del concepto retribución "normal o media". Según la misma, "***el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37.1 CE, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva***". La STS 21 de enero de 1992, recogía la doctrina esencial en esta materia y establecía que, en primer lugar, la norma

del art. 7.1 del convenio de la OIT nº 132 es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; en segundo lugar, que el convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; y, en fin, que el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario.

La citada línea interpretativa carecía de fisuras y se continuó por las posteriores SSTS 19 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1996, 3 de junio de 1997, 25 de abril de 2006, 26 de enero de 2007, 3 de octubre de 2007, 26 de julio de 2010, 6 de marzo de 2012, en las que se afirmaba que el único referente para determinar la paga de vacaciones pasaba a ser la regulación del convenio colectivo. Solo cuando los salarios no se fijaban por convenio colectivo se imponía la obligación del abono de la paga de vacaciones con arreglo *"al promedio de la totalidad de la retribución de la jornada ordinaria, incluyendo las retribuciones variables"* o con arreglo *"a la retribución normal o media obtenida por el trabajador en época de actividad"*, observando entonces escrupulosamente la garantía del Convenio nº 132 de la OIT.

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1970 (núm. 132)(Normas básicas. Marginal: 69386749) Art. 7.1
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1) Art. 37.1
- Directiva 2003/88/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.(Normas básicas. Marginal: 70097439) Arts.; 1.1 y 7
- Carta fundacional de la Union Europea. Arts.; 31.2

LA DIRECTIVA 2003/88/CE

Junto al Convenio nº 132 OIT era necesario tener presente el **art. 7.1 de la Directiva Comunitaria 2003/88/CE**, de 4 de diciembre que precisa que: "***Los Estados miembros adoptarán las medi-***

"La retribución normal o media que ha de ser abonada durante el período de descanso anual, y la que debe fijar la negociación colectiva en cada caso, ha de atender a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas, sin que pueda disuadir o desincentivar su disfrute"

"Si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado"

das necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales".

En relación con la intepretación del alcance de la citada Directiva Comunitaria 2003/88/CE, se plantearon problemas importantes que fueron resueltos por la STJUE de 22 de mayo de 2014 (asunto Lock, asunto C-539/12) y, posteriormente, en la de 12 de junio de 2014 (Bollacke, asunto C-118/13). En la primera de ellas se dejó sentado que, en primer lugar, el derecho de los trabajadores a las vacaciones anuales retribuidas es un principio de especial importancia en el Derecho Social comunitario, que no admite excepciones, conforme a la legislación comunitaria (art. 31.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE). Conforme al espíritu de esas normas, ya interpretadas por las sentencias anteriores, el trabajador ha de recibir la retribución ordinaria por el periodo de descanso, pues la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo.

A tal efecto, se subraya en el asunto Lock, **no es bastante que durante el periodo de vacaciones el trabajador perciba similar retribución que en los periodos de trabajo** –puesto que ya ha devengado retribuciones durante los trabajos anteriores, que se le hacen efectivos en el periodo subsiguiente de descanso–, "***sino que se requiere, además, que en los trabajos a comisión, estas comisiones se sigan generando durante el periodo vacacional, aunque no se preste trabajo, pues en otro caso habrá una merma retributiva en los periodos subsiguientes de actividad***". El verdadero peligro de esa situación es que se disuada al trabajador de ejercer efectivamente el derecho a disfrutar de las vacaciones, lo que sería contrario a los Tratados de la UE –pues ese mismo valor jurídico tiene la Carta de Derechos Fundamentales– y a su legislación ordinaria, siendo irrelevante que la merma salarial la sufra el trabajador en mes o en meses siguientes al periodo vacacional.

Por ello, concluye el TJUE, "***la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución***

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2016, núm. 496/2016, Nº Rec. 112/2015, (Marginal: 69743146)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2016, núm 467/2016, Nº Rec. 207/2015, (Marginal: 69883451)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de enero de 2015, núm. 4/2014, Nº Rec. 284/2014, (Marginal: 6923911)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2014, núm. 196/2014, Nº Rec. 268/2014, (Marginal: 69343086)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de septiembre de 2014, núm. 151/2014, Nª Rec. 194/2014, (Marginal: 2459724)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de julio de 2014, núm 136/2014, Nº Rec. 128/2014, (Marginal: 69939743)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 de junio de 2014. Asunto C-118/2013, (Marginal: 69939742)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22 de mayo de 2014. Asunto C-539/2012, (Marginal: 69939741)

normal del trabajador de modo que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas, por lo que las comisiones por ventas deben tenerse en cuenta en el cálculo de la retribución global a la que el trabajador tiene derecho durante las vacaciones anuales retribuidas".

"Para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no sólo es precisa la inclusión de tal derecho en la de la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo"

APLICACIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Dicha línea interpretativa **fue acogida por la Sala Social de la Audiencia Nacional** que, en diversas sentencias concluyó que la retribución de las vacaciones debía calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador, entre otras, en sus Sentencias de 21-7-2014, 17-9-2014, 11-12-2014 y 14-1-2015.

Recientemente, **el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en dos sentencias de 8 de junio de 2016, ha venido a modificar su doctrina tradicional**, a la que nos referíamos unas líneas más arriba, para considerar

ahora **que la retribución normal o media que ha de ser abonada durante el período de descanso anual, y la que debe fijar la negociación colectiva en cada caso, ha de atender a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas, sin que pueda disuadir o desincentivar su disfrute**. Por tanto, **mientras duren las vacaciones anuales el trabajador debe mantener su retribución ordinaria**.

En el primero de los anteriores pronuciamentos, en concreto la STS 8 de junio de 2016, la controversia suscitada pasaba por determinar si la retribución que los trabajadores del sector perciben en su periodo vacacional se corresponde con la prevista en el art. 50 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing) o además de ello, debe integrar su remuneración en vacaciones lo que hubieran venido percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo.

La Sala, "*rectificando en parte el criterio de doctrina jurisprudencial anterior*", señala que "***la fijación o establecimiento de la retribución 'normal o media' de las vacaciones por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad***, *ya que la expresión "calculada en la forma" que utiliza el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT no puede alcanzar la distorsión de aquél concepto ("normal o media") hasta el punto de hacerlo irreconocible, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, ofrece zonas de certeza y zonas de duda que, por fuerza, impone a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero que a la vez satisfaga la finalidad del descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas, y sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del TJUE (caso Lock), resultaría contrario al art. 7 de la Directiva 2003/88.*"

En este caso, **la controversia**, como ha quedado expuesto, se planteaba respecto a un concepto, "***comisiones y/o incentivos a la producción variables***" que no se encontraba recogido expresamente en la norma convencional , pero en relación con el cual no existía duda que lo percibían con cierta habitualidad los trabajadores del sector y que no integraba su remuneración en vacaciones.

Entiende la Sala que ese concepto en cuestión, en la medida en que, con independencia de su cuantía concreta, "forma parte, también indudablemente, de la retribución común u ordinaria pues no obedece –al

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ALGAR JIMENEZ, CARMEN. *La relación laboral: una visión práctica*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009
- CORDERO ÁLVAREZ, CLARA I. *Guía práctica de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- ALGAR JIMENEZ, CARMEN. *Manual práctico de contratación laboral*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CES GARCÍA, EVA MARÍA. *Vacaciones laborales: influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Revista MTAS Nº 77. Noviembre 2008
- TUSET DEL PINO, PEDRO. Régimen legal de las vacaciones anuales. Preguntas y respuestas clave. Fiscal-Laboral al Día Nº 113. Septiembre 2007. (www.fiscalaldia.es)

menos no consta acreditado que así fuera- a una mayor dedicación temporal (por ejemplo, prolongación de jornada u horas extras), y **tampoco existe dato alguno que permita entender que su abono en vacaciones constituyera reiteración o duplicidad del mismo** (lo que podría suceder, por ejemplo, si se tratara de un "bonus", una participación en beneficios o fórmulas similares, y su devengo fuera anual y por tanto ya se hubiera percibido la retribución de todo el año)", resulta obligado, entiende la Sala, "desestimar el recurso empresarial y confirmar el fallo de la sentencia impugnada, aunque sea por razones no del todo coincidentes con las que en ella se expresan, porque, en definitiva, --insistimos-- se trata de un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente previstos en el Convenio, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT ("remuneración normal o media"), que es la disposición directamente aplicable al caso, en la "interpretación conforme" con el derecho de la Unión (la Directiva 2003/88 que, no lo olvidemos, según su art. 1.1, tiene como objetivo el establecimiento de "**disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo"), tal como ha sido entendida reiteradamente por el TJUE (casos Lock, Bollacke o Greenfield, y los que en ellos se citan**)".

En la STS 8 de junio de 2016, referida a la empresa Telefonica Móviles España SAU, la Sala rechaza la interpretación que realiza la sentencia recurrida en el sentido de que, a la luz de la STJUE de 22 de mayo de 2014 (asunto C-139/12, Lock), el art. 7.1 de la Directiva 2033/88/CE, "*ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de primacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan, de forma que si* ***un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado***".

El Pleno de la Sala IV considera que "***para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no sólo es precisa la inclusión de tal derecho en la de la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo***", *singularidad que "no cabe predicar de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» utilizada por el art. 31.2 CDFUE, porque no tiene la debida concreción –al menos en lo que al importe de la retribución se refiere– como para generar su eficacia directa como derecho fundamental*".

Por ello señala que "*si bien hasta la fecha hemos mantenido que el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada «ordinaria» que hayan de retribuirse en vacaciones*, apartándose así de la «remuneración *normal o media»", "parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma…» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza", la misma "no puede alcanzar la distorsión del concepto –«normal o media»– hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado*".

En consecuencia el Pleno considera que debe incluirse en la retribución vacacional el complemento "*de carrera comercial*" percibido por los trabajadores de Telefónica Móviles, percibido en cantidad fija y por catorce pagas en función del nivel de desarrollo alcanzado en la actividad profesional, es un concepto fijo de devengo mensual. A la misma conclusión llega la sentencia en relación con el complemento "*de disponibilidad*", percibido como compensación fija a razón de una cantidad por hora, se abona mensualmente y con carácter fijo al "personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente".

Por el contrario, la Sala estima que el "*bonus*" debe excluirse de la retribución vacacional, "*porque en el presente caso no sólo se trata de un concepto de devengo anual y que por tanto ya retribuye de por sí las vacaciones, sino que también es extraordinario, en tanto que no sólo es variable sino que está subordinado tanto a posibles resultados personales, cuanto*

a hipotéticos objetivos generales de la empresa".

La sentencia cuenta con dos votos particulares, uno formulado por la magistrada Arastey Sahún, al que se adhieren los magistrados Segoviano Astaburuaga y Moralo Gallego y otro formulado por el magistrado señor Agustí Juliá, al que se adhieren los magistrados Salinas Molina y Virolés Piñol, concurrentes con el fallo pero que discrepan de la fundamentación expuesta en la decisión mayoritaria. En el primero de ellos aunque comparte el fallo, se sostiene que "carecía de objeto analizar el efecto directo de las Directivas europeas, el cual, por otro lado, ni siquiera era pretendido en la demanda". En el segundo, se afirma que "*determinación de los elementos que, según la expuesta jurisprudencial del TJUE, han de componer o constituir la retribución global del trabajador durante las vacaciones anuales, es más precisa y omnicomprensiva, al incluir todos los componentes salariales*". ■

CONCLUSIONES

- En resumen, el Tribunal Supremo considera que la retribución correspondiente a las vacaciones debe atender a su finalidad legal de "descanso efectivo", por lo que no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Para ello, es necesario que, durante el periodo de descanso, el trabajador mantenga su retribución habitual, lo que supone incluir en la mensualidad los pagos que se perciban con regularidad el resto del año
- El Tribunal menciona varios aspectos concretos que los convenios colectivos ya no podrán dejar fuera del cálculo del salario de vacaciones: lo que se cobre habitualmente por antigüedad, titulación, idiomas, nocturnidad, peligrosidad, incentivos por ventas o plena disponibilidad, entre otros. Sí quedan fuera, por ejemplo, las horas extraordinarias

Concepto	Se incluye en la retribución de las vacaciones
Complementos de antigüedad, titulación, idiomas	SI
Complemento de nocturnidad	SI
Complementos de hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida	SI
Complemento de peligrosidad	SI
Incentivos por ventas o plena disponibilidad	SI
Comisiones y / o incentivos a la producción variables	SI
Horas extras	No
Complemento "de carrera comercial"	SI
Complemento "de disponibilidad"	SI
Bonus	No

LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS: ¿QUÉ OCURRE CUANDO SE GARANTIZAN?

Ignacio Echenagusia. Socio de Deloitte Abogados
Pilar París. Abogada de Deloitte Abogados

SUMARIO

1. Los préstamos participativos y su regulación actual en el ordenamiento jurídico español
2. Condiciones que deben concurrir para que el préstamo participativo pueda ser reputado como tal
3. Lo que nos dice el Tribunal Supremo en relación con los préstamos participativos
4. ¿Es posible el otorgamiento de garantías reales para asegurar el cobro de préstamos participativos?
5. Tratamiento concursal de los préstamos participativos en la legislación

Los préstamos participativos o PPLs (Profit Participating Loans) parecen ser una fuente inagotable de dudas e incertidumbres cuando de sus aplicaciones prácticas se trata. Es más que comprensible teniendo en cuenta la exigua regulación de los mismos de la que disponemos en el derecho español. Y es que, en efecto, desde un punto de vista positivo sólo contamos con el art. 20.1 del Real Decreto-Ley 7/996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que en unas breves líneas nos da las cuatro grandes claves que, de manera conjunta y no alternativa, deben concurrir en un préstamo para que pueda ser reputado como participativo, a saber: percepción de un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria; potencial imposición de una penalización en caso de amortización anticipada total o parcial, pero en todo caso compensación de dichos importes amortizados anticipadamente con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos; consideración de créditos subordinados en orden a la prelación de créditos, situándose después de los acreedores comunes; y consideración de patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia 566/2011 de 13 de julio, "*En dicha norma no se define el préstamo participativo; se dan unas reglas sobre el interés y la optativa cláusula penalizadora y se añade la previsión de que en prelación de créditos (si ésta se plantea) se sitúa después de los acreedores comunes y, además, impone la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil (lo que no obsta a la obligación de devolución del capital prestado)*". De este concepto o descripción general son muchas las

dudas que se han ido planteando en la práctica en torno a esta modalidad concreta de préstamos, e indudablemente en torno a su consideración como fondos propios de la prestataria, lo que ha cuestionado su propia naturaleza o calificativo como préstamo en última instancia. Sin perjuicio de que en efecto el préstamo participativo siempre ha tenido la consideración práctica de estar a medio camino entre recursos propios y ajenos, su naturaleza última de préstamo no puede ser discutida, y así de tajante se muestra la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que en la misma sentencia antes referenciada declaraba que"…*Este es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado. Es decir, cuando una persona, física o jurídica, precisa de un capital, lo puede obtener de muy diversas maneras, pero si lo hace en forma de préstamo, su obligación esencial es la devolución. Lo cual no viene alterado por el artículo 20 del Real Decreto –ley… En cuanto a que los préstamos participativos tienen la consideración de fondos propios, no altera la naturaleza jurídica del préstamo. El capital obtenido se integra en los fondos propios, pero no excluye la obligación de devolver el capital y pagar los intereses, conforme a la naturaleza del préstamo recibido*".

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. (Normas básicas. Marginal: 128403). Arts.; 20 y 20.1
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 69726897). Art. 155.1
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art. ex 1255 y ex 1911

Sin embargo, no es la cuestión "contable" derivada del préstamo participativo, que tanta literatura jurídica ha generado y esperamos que generará, la que aquí se pretende tratar. Por el contrario, nos centramos en el presente artículo en el rango crediticio subordinado de esta modalidad de financiación ("*después de los acreedores comunes*"), fundamentalmente por las dudas o lagunas generadas a causa de lo escueto del precepto legal en cuestión.

Quizás, para entender mejor el origen de la problemática que aquí se plantea, sería oportuno traer a colación el escenario habitual en que se genera este tipo de financiación, y los motivos que justifican su otorgamiento. Así, coincidiremos que en la **inmensa mayoría de los casos**

"No existe ninguna prohibición legal que impida el otorgamiento de garantías reales para asegurar el cobro de préstamos participativos"

"Las partes no sólo son libres de pactar el otorgamiento de garantías, sino también de establecer que el crédito así garantizado tendrá el carácter de subordinado a todos los efectos que derivan del RDL 7/1996"

son otorgados por el/los socios (estando ya superada, a pesar de que sigue generando alguna duda ocasional, la cuestión de si los participativos pueden ser otorgados por terceros ajenos a la compañía y su accionariado); **no llevan aparejada por ende garantía alguna de devolución o repago; la fecha de vencimiento final es meramente indicativa** (y se ajustará a los avatares propios de la compañía); **y los motivos que impulsan su concesión son la mayor o menor necesidad de equilibrar sus fondos propios, de manera que el préstamo participativo se convierte en el oxígeno que necesita para fortalecer su situación patrimonial, y, en su caso, salir de la causa de disolución en que estaría incursa evitando una *muerte* segura**.

Sin embargo, **¿qué ocurre cuando el participativo es otorgado por un tercero ajeno a la compañía?** ¿Aceptaría éste otorgar el préstamo sin ningún tipo de garantía? La realidad de las cosas nos dice que no. En los últimos años, son muchos los procesos de refinanciación y/o restructuración de la deuda bancaria en que, dada la delicada situación financiera del prestatario, nos encontramos con la articulación de parte de esa restructuración por medio de préstamos participativos o PPLs otorgados en todo o parte por las entidades del sindicato. En todos estos casos, vemos como las entidades financiadoras exigen como contrapartida una garantía real (que en la mayoría de los casos adopta la modalidad de pignoraticia). **Aunar los conceptos de PPL y garantía real en la misma frase nos lleva a la siguiente concatenación de ideas de manera inmediata**: ¿Cómo casan en este binomio nuestro consabido RDL 7/1996 y la Ley Concursal? ¿Resultan, por tanto, contradictorias estas dos normas en el caso particular de otorgamiento de préstamos participativos garantizados con prenda y/o hipoteca? En efecto, mientras **el primero, con un escueto "*Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes*", nos dice que son créditos subordinados en un posible escenario concursal** (nótese que, en tanto no haya acaecido dicho escenario, son créditos respecto de los cuales el prestatario responde con todos sus bienes presentes y futuros ex 1.911 CC, sin relación alguna con el resto de créditos, tal y como puntualizó el Tribunal Supremo en su sentencia de 2011 más arriba citada); **la segunda, al clasificar los créditos en sede concursal, califica como privilegiados con privilegio especial, aquellos créditos garantizados con prenda o hipoteca.** ¿Convierte, por tanto, la garantía real en el caso de referencia al participativo en un crédito privilegiado no obstante el rango crediticio inferior que le otorga el RDL 7/1996? El Anteproyecto de Ley para la aprobación del Código de Comercio (en el que muchos depositamos grandes esperanzas de proporcionar la regulación que la figura merece, nutrida de lo que la Jurisprudencia se ha encargado de aclarar y puntualizar a lo largo

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 14 de noviembre de 2014, núm. 360/2014, Nº Rec. 260/2013, (Marginal: 69255811)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 25 de marzo de 2014, núm. 88/2014, Nº Rec. 102/2014, (Marginal: 69493122)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2013, Nº Rec. 774/2013, (Marginal: 2450651)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2011, Nº Rec. 912/2007, (Marginal: 2314397)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de fecha 23 de marzo de 2011, Nº Rec. 86/2011, (Marginal: 2412191)

de los últimos años), recoge en su artículo 573-10, inciso cuarto, que "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los préstamos participativos tendrán la calificación de crédito ordinario para el supuesto de que el prestatario fuere declarado en concurso de acreedores, cuando así se hubiese pactado expresamente por las partes en el préstamo participativo en el momento de su otorgamiento*". Sin duda, el precepto supone un paso adelante respecto de la regulación anterior, que se ve así complementada en lo referente al rango crediticio del participativo, pero (i) no deja ser parte de un Anteproyecto, que por ahora no tiene visos de ver la luz, y (ii) en cualquier caso no hace una mención específica sobre la cuestión aquí tratada, esto es: ¿qué efecto tiene en el participativo el otorgamiento de garantías reales que aseguren su repago?

"El acreedor que otorga un préstamo participativo, en un escenario concursal del prestatario, tendrá un crédito subordinado, quedando por detrás de los acreedores comunes, no pudiendo alegar un mejor rango por la existencia de una garantía real a su favor"

Ante tal cuestión, **debemos tener en cuenta que no existe ninguna prohibición legal que impida el otorgamiento de garantías reales para asegurar el cobro de préstamos participativos, ni siquiera disposición que indique que en caso de otorgamiento de tales ga-**

rantías reales el préstamo participativo así garantizado perdería la naturaleza de tal y debería recibir la calificación jurídico-contable que le correspondiera fuera del ámbito del RDL 7/1996. Sentado lo anterior, **las partes no sólo son libres de pactar el otorgamiento de garantías** (como de hecho ocurre en la práctica), **sino también de establecer que, no obstante el otorgamiento de las mismas, el crédito así garantizado tendrá el carácter de subordinado a todos los efectos que derivan del RDL 7/1996**. Se trata, en definitiva, de un reconocimiento expreso por parte del acreedor del carácter subordinado de su crédito.

Lo anterior no sólo queda refrendado por el principio de autonomía de la voluntad ex 1.255 CC, sino también por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, que, en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013, en virtud de la cual se resolvía asimismo sobre un caso de préstamos participativos constitutivos de un tramo especial en el marco de un proceso de renegociación de deuda, e igualmente asegurados con garantías reales, se hacía eco de la doctrina del Tribunal Supremo de la que resulta que "***la subordinación crediticia se configura como elemento esencial e identificador del crédito participativo***, *por lo que puede afirmarse que -por voluntad legal- la adquisición de financiación por las empresas mediante el específico cauce del préstamo participativo deviene necesariamente postergado en una hipotética insuficiencia de bienes y derechos del prestatario para satisfacer la totalidad de sus deudas". Asimismo, establece la misma sentencia que "los préstamos participativos son…créditos subordinados que, en caso de concurso, deben considerarse créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor", … "por tanto, cuando se pacta el contrato de préstamo participativo se está asumiendo el carácter subordinado que le impone la norma". Finalmente, la propia sentencia reconoce la validez y eficacia de las garantías reales otorgadas en garantía de un préstamo participativo, si bien establece que "de mantenerse en sede concursal la validez y eficacia de la garantía real sobre crédito participativo, su realización y pago se produciría en todo caso por el cauce del art. 155.1 LC y de modo preferente a créditos privilegiados generales y ordinarios,* ***con infracción de la voluntad contractual y configuración legal del art.20.uno del Real Decreto Ley 7/1996***. *Tal modo de* ***razonar no supone desconocer la válida constitución sobre crédito parti-***

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- FERRER VICENTE, JOSE MARIA. *El nuevo derecho concursal. Un progreso y avance en el derecho español*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MALLEN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil*. 2ª Edición Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- BONELL, RAMON. *Manual Práctico de Derecho Fiscal y Mercantil*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RODRÍGUEZ CABRERO, JAIME. *El contrato de préstamo participativo. Modelo y comentarios (Junio 2002)*. Economist&Jurist Nº61. Junio 2002. (www.economistjurist.es)
- GÓMEZ MENCHACA, CARLOS. *Última reforma de la Ley concursal por la Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Economist&Jurist Nº 185. Noviembre 2014. (www.economistjurist.es)
- ROSELL, CLAUDI. *Régimen de los Derechos Reales de garantía en la Nueva Ley Concursal*. Economist&Jurist Nº 75. Noviembre 2003 (www.economistjurist.es)

***cipativo de garantía real**, así como la afección del bien al crédito garantizado, sino sostener que cuando dicho crédito ha de satisfacerse dentro de un proceso concursal debe prevalecer la postergación contractual de la garantía real…".*

Dicho lo anterior, cuestión aparte que no podemos dejar de apuntar es la resistencia de tales garantías reales en el concurso. Tradicionalmente, dicha resistencia venía entendiéndose como la *inmunidad* de que gozan las garantías reales constituidas con carácter previo a la declaración de concurso del deudor, una vez acaecido éste último, y en relación al resto de acreedores no provistos de este tipo de garantías para cubrir sus créditos. S**i bien las garantías otorgadas para garantizar un préstamo participativo no desaparecerán o quedarán anuladas por la mera declaración del concurso del deudor, cierto es que quedarían desvirtuadas en el seno del concurso, pues en ningún modo permiten mejorar la calificación crediticia del préstamo participativo** que, por mucho que goce de garantía real, va a continuar quedando calificado como deuda subordinada. ■

CONCLUSIONES

- En definitiva, el acreedor que otorga un préstamo participativo, independientemente de las motivaciones para ello, podrá pedir una garantía real para asegurar su devolución, pero no deberá perder de vista el hecho de que, en un escenario concursal del prestatario, su crédito será subordinado, quedando por detrás de los acreedores comunes, y no pudiendo alegar un mejor rango crediticio por la existencia de la garantía real a su favor

PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS: CÓMO SE PUEDE RECLAMAR POR ELLOS

José Baltasar Plaza Frías. Abogado. Socio Director de Bufete Rosales

SUMARIO

1. Participaciones preferentes
2. Acciones de la salida a bolsa de Bankia
3. Clausulas suelo
4. Hipoteca multidivisa
5. Swaps
6. Bonos estructurados

Corren malos tiempos para la Banca. Productos financieros complejos como, por ejemplo, participaciones preferentes, clausulas suelo, hipotecas multidivisa, swap, bonos convertibles, acciones, etc…), no aptos para ahorradores, consumidores o clientes minoristas, están siendo objeto en estos últimos años de múltiples demandas judiciales que reclaman la nulidad de los contratos financieros por falta de transparencia en su comercialización. Y lo están consiguiendo.

Veamos qué es cada uno de estos productos financieros, cuál es su regulación y cómo se puede reclamar por ello.

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Se trata de un producto financiero de naturaleza híbrida entre la renta fija y la renta variable, no garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos en caso de quiebra del Banco, en el que el inversor puede perder parte o todo su capital y la entidad puede, si así lo decide unilateralmente, no devolver nunca el capital invertido al cliente. Todo a cambio de un interés trimestral aproximado del 7% que sólo es pagadero si la entidad obtiene beneficios.

En palabras llanas, es un préstamo que hace el cliente al Banco a fondo perdido y que una vez recibido por la entidad financiera ésta se lo puede quedar a perpetuidad sin obligación de devolverlo.

Otra particularidad importante de

este producto financiero es que pasaba a formar parte de los recursos propios del Banco y, por tanto, a computar como tal en sus balances, lo que les permitía a las entidades maquillar sus cuentas y, en definitiva, tapar sus agujeros.

Lo que los afectados piden a los Juzgados y Tribunales en sus demandas es la nulidad de los contratos por vicio o error en el consentimiento (aquel que realizaron con su firma) argumentando que creían estar firmando una inversión segura y sin riesgos. Los **Juzgados competentes son los de 1ª Instancia del lugar donde se contrataron y los procedimientos suelen tardar 1 año en dictar una sentencia, recurrible ésta ante la Audiencia Provincial correspondiente**, que puede tardar otros 6 meses más en resolver en apelación.

ACCIONES DE LA SALIDA A BOLSA DE BANKIA

El ciudadano medio sabe que invertir en el mercado financiero de renta variable cotizable (Bolsa) puede hacerle perder parte o todo el dinero invertido. De eso nadie duda. Pero lo que también es cierto e innegable es que ese mismo ciudadano, potencial inversor, tiene derecho a conocer la verdadera situación financiera de la empresa en la que decide invertir.

Y Bankia en su salida a Bolsa el 20 de julio de 2011, no reflejó en el Folleto Informativo publicado y registrado en la CNMV su verdadera

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142).Arts.; 1265, y 1266 y 1303)
- Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero (Normas básicas. Marginal: 12615) Arts.; 249, 250, y 281 y ss
- Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores. (Normas básicas. Marginal: 133287). Arts.; 79 bis
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. (Normas básicas. Marginal: 69858). Arts.; 3, 8 y 19
- Ley 7 / 1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. (Normas básicas. Marginal: 129935) Arts.; 8 y 9

"Swaps: si el Euribor sube por encima de ese tipo pactado el Banco abonará al cliente la diferencia, por el contrario, si el Euribor baja por debajo de este tipo el cliente abonará al banco la diferencia"

"Los bonos son un producto financiero complejo, con un plazo máximo de vencimiento fijado previamente, que permite al inversor conseguir una rentabilidad contingente vinculada a la evolución de un determinado activo subyacente, normalmente de renta variable"

imagen económica y contable, ocultando un agujero económico de más de 20.000 millones de euros, cantidad ésta por la que tuvo que ser intervenida 10 meses más tarde.

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2012, núm. 665/2012, Nº Rec. 2091/2010, (Marginal: 2412419)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de junio de 2012, núm. 345/2012, Nº Rec. 899/2011, (Marginal: 70082670)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2015, núm. 564/2015, Nº Rec. 2671/2012, (Marginal: 69457000)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de julio de 2013, núm. 242/2013, (Marginal: 2443177)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº97 de Madrid de fecha 4 de febrero de 2013, núm. 15/2013, Nº Rec. 304/2012, (Marginal: 69902009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, núm. 20/2016, Nº Rec. 2746/2012, (Marginal: 70082668)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, núm. 21/2016, Nº Rec. 1454/2015, (Marginal: 69720818)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, núm. 19/2016, Nº Rec. 3202/2012, (Marginal: 70082669)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, núm. 24/2016, Nº Rec. 1990/2015 (Marginal: 70082660)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2016, núm. 23/2016, Nº Rec. 541/2015, (Marginal: 70082667)

Esa es la razón por la que **el Tribunal Supremo dictó en febrero de 2016 dos Sentencias fundamentales que obligaron a la entidad a devolver a los pequeños accionistas todo el dinero invertido. Desde esas fechas todos aquellos pequeños inversores que decidan recuperar sus inversiones sólo tienen que presentar una demanda judicial ante los juzgados civiles de 1ª instancia dónde en menos de 6 meses conseguirán una sentencia favorable que les permitirá recuperar el dinero invertido, más intereses, más costas**.

Distinta suerte pueden correr los inversores constitucionales (grandes empresas), a los que por sus "supuestos" conocimientos y experiencia los Tribunales pueden acabar dictaminando en su contra. Yo, por mi experiencia, creo que no va a ser así y que dichas grandes empresas no tuvieron más información y más herramientas a su alcance para conocer la situación económica de la antigua caja madrileña que el folleto informativo y que, en definitiva, los inversores minoristas.

CLÁUSULAS SUELO

Las clausulas suelo fueron un recurso contractual que bancos y cajas se inventaron en la 1ª década de este siglo para cubrirse el riesgo de desplome de los tipos de interés. **El cliente pagaba un interés mínimo fijado en la cláusula** (3%, 3,5% o 4% usualmente) a**unque el Euribor estuviera por debajo, como así ocurrió desde 2009 aproximadamente**. Es decir, el deudor siguió pagando esos tipos de interés señalados a pesar de que el Euribor estaba más bajo (hoy está prácticamente a 0).

Hay unos 2 millones de afectados en España.

El Tribunal Supremo ya argumenta que dichas clausulas son abusivas y no transparentes por una deficiente información y dejó zanjada en una Sentencia de 2015 la cuestión de la eventual abusividad de las clausulas suelo lo que, seguridad jurídica, evita pronunciamientos distintos. Únicamente queda por determinar, a los efectos de la declarada nulidad, si los Tribunales seguirán la línea marcada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013, en el sentido de delimitar los efectos de la nulidad a esa fecha; o por el contrato, si la nulidad produce el tradicional efecto "ex tunc", es decir, desde el principio del préstamo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene la última palabra y tiene previsto dictar una sentencia al respecto en el último trimestre de 2016, sentencia que será decisiva en el asunto.

"La hipoteca multidivisa es un instrumento financiero derivado, un préstamo con garantía hipotecaria fijado en una moneda extranjera diferente al Euro, normalmente en Yenes Japoneses o en Francos Suizos"

HIPOTECA MULTIDIVISA

Es un instrumento financiero derivado, un préstamo con garantía hipotecaria fijado en una moneda extranjera (divisa) diferente al Euro, normalmente en Yenes Japoneses o en Francos Suizos.

Al ser un producto complejo lleva aparejado unos riesgos (tipo de cambio y tipos de interés) que no fueron explicados suficiente en su comercialización a los clientes minoristas o consumidores y que, en definitiva, no eran aptos para este producto.

El precio del préstamo depende fundamentalmente de las fluctuaciones de la divisa asociada, lo que ha hecho que la cuantía del capital pendiente de pago (después de varios años de vigencia del préstamo) se haya incrementado para el continuo pago de cuotas.

Ejemplos del perjuicio real para el cliente:

1. Préstamo hipotecario firmado en FRANCOS SUIZOS en mayo de 2008, por 180.000€ (292.860 francos en esa fecha).

A fecha de hoy (Verano de 2016) el pago de cuotas ha supuesto la amortización de 70.000 francos suizos, por lo que quedan 225.000 francos pendientes de pago.

Éstos 225.000 francos al cambio de hoy a euros, son 206.000€ (1€ = 1,091 francos).

En resumen, después de 8 años de préstamo, el cliente debe 26.000€ más que al principio del préstamo.

2. Préstamo hipotecario firmado en YENES en mayo de 2008 por importe de 180.000€, que al cambio de esa fecha eran 29.259.000 Yenes.

A día de hoy han amortizado 9.000.000 Yenes con el pago de cuotas, quedando pendientes 20.000.000 Yenes lo que al cambio de hoy (1€ = 123,9 Yenes) son 164.000€.

En resumen, después de 8 años apenas ha amortizado 15.000€ de capital.

En ambos casos, con una hipoteca tradicional, deberían haber amortizado 80.000€.

Las demandas judiciales solicitan la nulidad del contrato por error o vicio en el consentimiento, debido a una deficiente explicación de los riesgos asociados al producto por parte de la entidad financiera, siendo el perfil del demandante determinante para la consecución del éxito en el procedimiento judicial.

De obtenerse una sentencia favorable ésta obliga a la entidad a cambiar el préstamo a euros y a restituir al demandante la cantidad pagada de más desde el inicio del préstamo.

SWAPS

El contrato de permuta financiera o Swaps es un **instrumento financiero derivado y complejo por el que las partes** (banco y cliente) **se comprometen a intercambiar el pago de los intereses derivados de la emisión de obligaciones, es decir, cada uno paga los intereses de la deuda del otro, fijándose un tipo de interés referenciado generalmente al Euribor**.

Si el Euribor sube por encima de ese tipo pactado el Banco abonara al cliente la diferencia, por el contrario, el Euribor baja por debajo de este tipo el cliente abonará al banco la diferencia.

¿Qué pasó? Pues que tras la firma de estos contratos los tipos de interés comenzaron a bajar lo que ocasionó que los clientes tuvieran que pagar unos intereses desorbitados en comparación con las Clausulas de sus hipotecas, y por el contrario, muy poco capital.

Aun siendo contratos legales su posible nulidad radica en la insuficiente información transmitida por el

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- BONELL, RAMÓN. *Manual Práctico de Derecho Fiscal y Mercantil*. Barcelona. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- ADELL, CRISTINA. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil. Volumen 02*. Derecho Contractual. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ, MARÍA. *Las cláusulas más peligrosas que podemos encontrar en las hipotecas. Inmueble* Nº 145. Octubre 2014. www.revistainmueble.es
- GIMÉNEZ, CARMEN. *Hipotecas multidivisas, ¿nuevo tóxico bancario? Su nulidad*. Inmueble Nº 160. Abril 2016. www.revistainmueble.es
- CARDO, ANGEL. *Refinanciación y Nueva ejecución bancaria de bienes hipotecados "Compra o Dación"*. Economist&Jurist Nº 134. Octubre 2009. www.economist&jurist.es
- VICIANO, SANTIAGO. *Las preferentes: visión desde la práctica*. Economist&Jurist Nº 173. Septiembre 2013. www.economist&jurist.es

banco en su comercialización. Normalmente, son cláusulas abusivas y de difícil comprensión.

El Tribunal Supremo dice que los Bancos, a la hora de la comercialización de éste y otros productos financieros tiene que guardar un deber de diligencia y de buena fe no bastando con que su información sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros, las estrategias de inversión con orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a todos los instrumentos y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error.

BONOS ESTRUCTURADOS

Los bonos son un producto financiero complejo, con un plazo máximo de vencimiento fijado previamente, que permite al inversor conseguir una rentabilidad contingente vinculada a la evolución de un determinado activo subyacente, normalmente de renta variable.

Los activos subyacentes utilizados son muy diversos (índices versátiles, acciones, fondos de inversión, materias primas, etc.).

Existen varios tipos de bonos estructurados:

- Bonos con capital garantizado 100% a su vencimiento: son los más seguros, en los que el inversor normal solo arriesga obtener una rentabilidad cero en el peor de los casos.

- Bonos sin capital garantizado 100% a vencimiento: tienen más riesgo ya que la devolución del capital depende de la evolución del activo subyacente.

- Bonos convertibles obligatoriamente: es un bono con un plazo de inversión de 3 a 5 años sin capital garantizado que paga una rentabilidad contingente. Llegado el vencimiento el inversor recibe a cambio de su capital activo.

El banco también aquí tiene el deber de informar sobre los riesgos y la naturaleza del producto, así como está obligado a los deberes de evaluación del cliente (conocimiento y experiencia, situación financiera y objetivos de inversión). ■

CONCLUSIONES

- Diversos productos financieros complejos, como participaciones preferentes, clausulas suelo, hipotecas multidivisa, swaps, bonos convertibles o acciones, están siendo objeto en estos últimos años de múltiples demandas judiciales que reclaman la nulidad de los contratos financieros por falta de transparencia en su comercialización

ARBITRAJE Y CONCURSO EN EL NUEVO REGLAMENTO DE INSOLVENCIA A PARTIR DE LA INTRODUCCIÓN DE LA REGLA ESPECÍFICA DEL ARTÍCULO 18 DEL REGLAMENTO (CE) Nº 848/2015

Juan Manuel de Castro Aragonés. Socio de Rousaud Costas Duran.
Magistrado especialista mercantil en excedencia
Carlos Hernández Duran. Abogado de Rousaud Costas Duran

SUMARIO

1. El artículo 15 del antiguo reglamento CE Nº 1346/2000
2. Jurisprudencia Europea sobre arbitraje, concurso y ley aplicable la saga "vivendi"
3. El actual articulo 18 del reglamento CE Nº 848/2015

Si la interacción entre arbitraje y concurso es de por sí una cuestión jurídicamente compleja, cuando a la misma se le añade un elemento transfronterizo, como ocurre en el marco de un arbitraje que implique a partes provenientes de dos o más Estados Miembros de la Unión Europea, en el que una de ellas es o deviene insolvente, las dudas para los operadores jurídicos aumentan sensiblemente, en particular con relación a la ley aplicable.

La Comisión Europea, consciente de las insuficiencias que en este aspecto y en muchos otros presentaba el antiguo Reglamento CE Nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, impulsó la reforma del mismo a partir del año 2012, momento en el cual lanzó una primera propuesta que, tras diversas modificaciones, finalmente cristalizó en el actualmente vigente Reglamento CE Nº 848/2015.

Entre las materias afectadas por dicha reforma se encuentra precisamente el arbitraje, cuya interacción con el concurso, a diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación, ha sido expresamente contemplada en la regla específica del nuevo artículo 18, con relación a la cuestión de la ley aplicable. Cuestión distinta es que dicha regulación sea suficiente o que haya sido acogida con aprobación unánime, tal y como veremos a continuación.

EL ARTICULO 15 DEL ANTIGUO REGLAMENTO CE 1346/2000

En el antiguo Reglamento CE Nº 1346/2000 la cuestión de la ley aplicable a "procedimientos" en curso con relación a las situaciones de insolvencia se encontraba regulada en el artículo 15 de la norma, que disponía lo siguiente:

"Los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento."

Dicha norma estableció la lex procesus como la ley aplicable a los efectos de la insolvencia o con relación a otros "procedimientos en curso", es decir, para determinar qué efectos podía tener el concurso sobre otros procedimientos en relación con un bien o un derecho de la masa se debía estar a la Ley del Estado en el que se seguía el procedimiento, pero no a la Ley del Estado en el que tramitaba el concurso.

La regla del artículo 15 resultó de suma importancia, por cuanto se separaba del foro que, por norma general, establecía el artículo 4 del antiguo Reglamento, que identificaba la ley aplicable con la del Estado miembro en cuyo territorio se hubiera abierto el procedimiento concursal, la llamada lex concursus. Concretamente, el artículo 4.2 (f) establecía lo siguiente en cuanto a la excepción de la aplicación de esa lex concursus:

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. (Normas básicas. Marginal: 34902). Arts.; 4, 4.2 y 15
- Reglamento (ue) nº 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Normas básicas. Marginal: 6929197)
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 69726897). Art.142

"En el artículo 15 del Reglamento CE 1346/2000 se menciona expresamente que la noción "procedimientos en curso" incluía en realidad todos los procedimientos civiles y comerciales comprendidos en el ámbito de aplicación de "Bruselas I bis" y, en los procedimientos arbitrales"

"Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral"

"2. La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:

f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso"

Con relación a la existencia de dos foros diferenciados para los procedimientos de ejecución individual y para los llamados "procedimientos en curso" distintos sectores de la doctrina especializada pusieron de manifiesto que esta divergencia podía ser problemática. Entre ellos, el capítulo europeo de la asociación INSOL International (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals) señaló en un documento de mayo de 2012 que las reglas de los artículos 4.2 (f) y 15 del Reglamento CE 1346/2000 no eran del todo compatibles, por cuanto el artículo 15 únicamente hacía referencia a procedimientos que guardasen relación con un bien o derecho de la masa, cuando el artículo 4.2 (f) se refería con carácter general a procedimientos de ejecución individual.

Al hacer también mención el artículo 4.2 (f) a los llamados "procedimientos en curso" se creaba una situación confusa, a juicio de dichos observadores, por cuanto el artículo 15 circunscribía su aplicación a los procedimientos en curso con relación a bienes o derechos de la masa, mientras que el artículo 4.2 (f) no contenía tal limitación.

Para evitar conflictos entorno a la cuestión de la Ley aplicable (dada la coexistencia de foros distintos en el Reglamento), **la INSOL recomendó que se eliminara la limitación contenida en el artículo 15 y se mencionara expresamente en el mismo que la noción "procedimientos en curso" incluía en realidad todos los procedimientos civiles y comerciales comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento CE 44/2001** (hoy Reglamento 1215/2012 o "Bruselas I bis") **y, entrando en la materia**

que nos ocupa, los procedimientos arbitrales.

Efectivamente, el antiguo artículo 15 se refería a "procedimientos" pero es evidente que existían notables dudas acerca de si ese concepto podía hacerse extensible a los procedimientos arbitrales. A la vista del artículo 4 del Reglamento, tal y como señaló la INSOL, una interpretación sistemática del mismo tampoco despejaba demasiadas dudas al respecto. **Las únicas menciones al arbitraje en el antiguo Reglamento se encontraban en su artículo 44**, por el cual se sustituían ciertos tratados -algunos de ellos decimonónicos- suscritos entre Bélgica y otros Estados miembros en materia de competencia, quiebra y ejecución de resoluciones (y entre ellas, de laudos arbitrales).

A pesar de lo anterior, fueron algunos tribunales europeos, los que, a través de una interpretación teleológica de la norma y por razones de lógica justicia material, llegaron a la conclusión de que el concepto "procedimiento" debía incluir forzosamente al arbitraje. En el siguiente punto analizaremos brevemente el impacto de algunas de estas decisiones, en especial las recaídas en los conocidos asuntos que enfrentaron a la empresa francesa Vivendi S.A. y a la polaca Elektrim S.A.

JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE ARBITRAJE, CONCURSO Y LEY APLICABLE LA SAGA "VIVENDI"

En los diversos procedimientos que integran la llamada "saga Vivendi" se discutió, entre otras cuestiones, si los efectos del antiguo artículo 15 del Reglamento europeo de insolvencia era aplicable o no a los

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- VOSER, Nathalie (Schellenberg Wittmer). Kluwer Arbitration Blog: *"Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision"* December 5, 2012
- Practical Law, Thomson Reuters: *"Enforcement of the LCIA Award in Elektrim v Vivendi"* Ania Farren (Associate) and Sara Nadeau-Seguin (Intern), Baker Botts LLP. 16 December 2009
- *High Court of England and Wales* [2008] EWHC 2155 (Comm)
- PENADÉS FONS, Manuel. Anuario de Derecho Concursal 32: *"El arbitraje internacional en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Crítica a la propuesta de reforma"*. Mayo-agosto 2014
- MCCORMACK, G. Journal of Private International Law: *"Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective"* April 2014
- GARCIMARTÍN, Francisco. Almacén de Derecho: *"El nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia (IV): Ley aplicable"*. 16 de junio de 2015
- INSOL EUROPE: *Revision of the European Insolvency Regulation*. May 2012

Disponible en: ***www.casosreales.es***

- NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Ley Concursal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2011

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- LINDNER, ALEXANDRE. *Arbitraje Internacional*. Economist&Jurist Nº122. Julio-Agosto 2008. (www.economistjurist.es)
- FORTÚN, ALBERTO. ÁLVAREZ-GARCILLÁN, GERMÁN. *La impugnación de los laudos arbitrales*. Economist&Jurist Nº 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)

procedimientos arbitrales. La disputa originaria entre Vivendi y Elektrim guardaba relación con la inversión de Vivendi en una empresa polaca de telecomunicaciones -PTC-.

A resultas de un conflicto entorno a la titularidad de las acciones de PTC, Vivendi inició toda una serie de arbitrajes contra su contraparte polaca, Elektrim. Los procedimientos arbitrales fueron puestos en macha en Viena, Londres y Ginebra. La cuestión es que, en el momento en que una corte de Varsovia declaró abierto el concurso de Elektrim en agosto de 2007, había ya dos arbitrajes en marcha a instancias de Vivendi, uno ante la London Court of International Arbitration (LCIA) con sede en Londres y otro ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC/CCI) con sede en Ginebra.

Como es natural, Elektrim trajo a colación en ambos arbitrajes el artículo 142 de la Ley Concursal Polaca que disponía lo siguiente: ***"Cualquier cláusula arbitral aceptada por la concursada quedará sin efecto desde la fecha de declaración del concurso y cualquier procedimiento arbitral pendiente será discontinuado"***. Una norma, por tanto, ciertamente **distinta de lo que propone nuestro artículo 52.2 de la Ley Concursal** y que conllevaba **efectos muy severos para los procedimientos arbitrales**. Para examinar los efectos del artículo 15, a continuación, analizamos el impacto de una situación concursal en una jurisdicción situada fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (Suiza) y en otra incluida en el mismo (Reino Unido).

En Suiza -país por tanto al que no resultaba de aplicación el Reglamento CE 1346/2000, tras la petición de terminación formulada por Elektrim, el panel de la CCI determinó mediante laudo parcial que el procedimiento arbitral debía efectivamente ser archivado, por cuanto el lugar de incorporación de la demandada Elektrim (Polonia) determinaba la ley aplicable a los efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje. Dicha decisión (la terminación del arbitraje) fue ratificada por el Tribunal Supremo Federal Suizo (Bundesgericht) en el año 2009.

En general, la decisión del Alto Tribunal suizo no fue bien acogida, en tanto la aplicación de la ley polaca en este caso supuso una enorme ventaja para la entidad demandada, cuando una decisión mucho más ponderada hubiera llevado a aplicar la ley del lugar del arbitraje, esto es Suiza, para determinar la capacidad de la parte demandada, del mismo modo que la validez del laudo de trámite dictado por el panel de la CCI en Ginebra se dirimió en la propia Suiza.

Posteriormente, el mismo Tribunal ha vuelto a aplicar los principios del caso Vivendi (con distinto efecto, no obstante) por cuanto en el año 2012 (Caso 4A_50/2012 de 16 de octubre), en un caso que implicaba a una empresa portuguesa como demandada en un arbitraje administrado también por la CCI en Ginebra, el Tribunal decretó la continuación del arbitraje pese a que la empresa portuguesa fue declarada en concurso antes del inicio del arbitraje, momento en el que prácticamente ya se estaba procediendo a su liquidación en Portugal. En el año 2011 el tribunal arbitral emitió laudo parcial, en virtud del cual estimó que la situación de concurso en el país de origen de la parte portuguesa no debía impedir el avance del procedimiento arbitral en Suiza.

Dicho laudo parcial fue llevado nuevamente ante el Bundesgericht, el cual consideró que el precedente de Vivendi vs. Elektrim se mantenía vigente para determinar la ley aplicable a los efectos del concurso sobre el arbitraje (en este caso, la ley portuguesa). El razonamiento del Tribunal consistió en que, **en primer lugar, la capacidad para ser parte en un arbitraje debe ventilarse en aplicación de la lex arbitri** (en este caso, la ley suiza). Dado que la misma no regulaba este aspecto en concreto para entidades de derecho privado, **debía acudirse a la norma general suiza que, en general, equipara la capacidad para ser parte de un procedimiento con la capacidad general de ser depositario de derechos y obligaciones**. Y, siguiendo la solución impuesta en el asunto Vivendi, **las normas de conflicto suizas llevan a determinar la capacidad legal de una parte extranjera de conformidad con las leyes de su lugar de incorporación** (en este caso, la ley portuguesa).

A pesar de que hasta aquí el Tribunal siguió punto por punto su argumentación en el caso Vivendi, finalmente determinó que el procedimiento arbitral contra la parte portuguesa podía seguir su curso (manteniendo así la validez del laudo de trámite dictado en Ginebra a diferencia de lo que ocurrió en el asunto Vivendi). El Tribunal consideró que, pese a que la norma contenida en el artículo 87 (1) de la Ley Concursal Portuguesa era ciertamente similar a la norma polaca que el mismo Tribunal aplicó para decretar la terminación del arbitraje entre Vivendi y Elektrim, dicha norma únicamente debía ser aplicable a un arbitraje administrado en Portugal, dado que la norma de conflicto suiza únicamente remitía a la ley portuguesa para determinar la capacidad general de la parte para participar en el arbitraje, siendo que la propia norma portuguesa en su artículo 87 (2) mantenía la capacidad para ser parte en arbitrajes iniciados antes de la declaración de insolvencia.

En el otro arbitraje contra Elektrim, administrado en Londres por la LCIA (a diferencia del caso suizo, en el ámbito espacial del Reglamento

Europeo de Insolvencia), se produjo la misma situación, esto es, la petición de terminación por parte de Elektrim una vez declarada su situación concursal en Polonia. En este caso, el tribunal arbitral consideró que no existía una norma de derecho internacional privado que determinara claramente la ley aplicable, por lo que estimó que pesaban mucho más los elementos de conexión con el ordenamiento inglés que con el polaco (la nacionalidad de una de las partes). En consecuencia, y dado que el ordenamiento inglés no preveía la suspensión o discontinuación del arbitraje, el panel de la LCIA lo mantuvo vigente.

Una vez el asunto llegó a los tribunales ingleses tras la oportuna acción de anulación del laudo parcial, la High Court (apoyándose por cierto en los trabajos de los Profesores Virgós y Garcimartín) y después la Court of Appeal especificaron que resultaba aplicable al caso el Reglamento CE 1346/2000 y que, en aplicación del contraste entre los artículos 4 y 15 al que nos hemos referido, quedaba claro que a los "procedimientos en curso" debía aplicarse la lex processus y no la lex concursus. Por lo tanto, en este caso debía aplicarse sin duda la ley del Reino Unido. A su vez, los tribunales ingleses consideraron que la expresión "procedimientos en curso" del artículo 15 ("lawsuits pending") debía, sin duda, comprender los procedimientos arbitrales, de modo que la ley aplicable en estos casos debiera ser la ley de la sede del arbitraje. Según el juez Christopher Clarke de la High Court, si el legislador comunitario quería expresamente excluir los arbitrajes debería haber usado un lenguaje que claramente así lo hiciera, incluso tras traducirse a los demás idiomas de la Unión. Además, no encontró una justificación lógica a que se dieran mayores expectativas de defensa en los procedimientos judiciales que en los arbitrales ([2008] EWHC 2155 (Comm) pp. 15 y 16).

En atención a toda esta problemática, **la Comisión Europea**, ya en una propuesta lanzada el año 2012, **incluyó la mención a los procedimientos arbitrales en el nuevo artículo 18, que ha desplazado al artículo 15** y que reza así: "***Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral***."

Vemos, por tanto, que lo observado por los tribunales ingleses y por ciertos sectores doctrinales finalmente acabó cristalizando en el nuevo Reglamento 848/2015, cuestión distinta es que todas las dudas que envuelven a esta cuestión hayan sido despejadas.

EL ACTUAL ARTICULO 18 DEL REGLAMENTO CE 848/2015

La redacción del nuevo artículo 18, si bien ha acabado finalmente con la duda a la que tuvieron que hacer frente los tribunales en casos como el de Vivendi y Elektrim, no ha dejado de suscitar nuevas controversias que principalmente giran en torno a la falta de previsión del artículo con relación a ciertas particularidades del arbitraje.

Por ejemplo, el Profesor Garcimartín ha señalado que el artículo

18, al igual que el antiguo artículo 15, **sigue refiriéndose únicamente a procedimientos pendientes**, pero se pregunta qué ocurrirá con los efectos que los concursos puedan conllevar para las cláusulas arbitrales presentes en contratos transfronterizos, pero todavía no accionadas.

En este sentido, cabe preguntarse si está fuera de duda que dichos efectos se dirimirán o no en aplicación de la lex concursus, lo que llevará nuevamente a aplicar ordenamientos jurídicos distintos a los de la sede del arbitraje, por lo que la problemática de Vivendi no habría sido aún superada en este aspecto.

El propio Profesor Garcimartín sugiere que, en realidad, dado que el artículo 6 del reglamento limita considerablemente la vis atractiva internacional del juez del concurso, aunque la cláusula arbitral sea invalidada y no sea posible accionar el arbitraje, el efecto para la concursada será prácticamente el mismo, por cuanto, en aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Bruselas I bis, se verá seguramente obligada a litigar en un foro distinto al del concurso. Es decir, no se cumple el objetivo inicial de anular la cláusula (acumular los procedimientos ante el juez del concurso) y, además, se puede estar conculcando la voluntad de las partes haciéndolas litigar en un foro que no fue de su elección y mediante un mecanismo de resolución de controversias que tampoco acordaron.

Otros, como el profesor Penadés Fons, han apuntado que sería adecuado someter los efectos de la declaración de concurso sobre el arbitraje no a la ley de la sede del mismo, sino a la ley que gobierna la validez de la cláusula arbitral. Siguiendo su argumentación, ello se debe a que, en definitiva, los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales en curso tienen una incidencia directa sobre el convenio arbitral, de modo que debería ser la ley que lo gobierna la que determine dichos efectos. También llama la atención el Profesor Penadés Fons sobre un aspecto fundamental, que es la competencia judicial internacional en materia de anulación de laudos arbitrales. Sostiene que debería dejarse claro por parte del Reglamento que es a la sede del arbitraje a la que corresponde, en todo caso, el conocimiento de las acciones de anulación, por mucho que la vis atractiva concursus pudiera indicar que, por economía procesal, se debería conocer el asunto en el foro del concurso. En este sentido, afirma que el conocimiento de la acción de anulación por parte de los tribunales de la sede del arbitraje en parte favorece la economía procesal, por cuanto sobre un laudo anulado en la sede no cabría ya que el juez del concurso llevara a cabo el correspondiente examen de las causas de nulidad contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York. ■

CONCLUSIONES

- De todo cuanto antecede se puede concluir que, con carácter general, el nuevo artículo 18 tiene la indiscutible virtud de despejar definitivamente la incógnita de su aplicabilidad a procedimientos arbitrales, por lo que, en este sentido, debe ser bienvenido, al incorporar una demanda de los sectores especializados y al recoger lo que venía siendo ya una tendencia jurisprudencial consolidada

- Por otro lado, es evidente que este artículo sigue planteando numerosas dudas, que deberán, sin duda, ser analizadas por los tribunales nacionales. En este sentido, sería interesante poder anticipar si la salida del Reino Unido de la Unión Europea tendrá acaso alguna incidencia en este campo, tanto si dicho país actúa como sede arbitral (lo cual es, como sabemos, muy habitual) como si nos encontramos en un arbitraje frente una contraparte inglesa que es declarada en concurso una vez iniciado el mismo, o antes de su puesta en marcha

- El nuevo artículo 18 del Reglamento, por otra parte, si bien aclara que se refiere a procedimientos arbitrales en curso, algo reiteradamente solicitado por los expertos, y con ello despeja las dudas referidas a su aplicabilidad a arbitrajes, no solventa, por el contrario, qué debe entenderse por procedimientos arbitrales "en curso", según se refiere a ello tanto este artículo como el artículo 52 de la Ley Concursal española, por ejemplo, en este sentido, será necesario determinar el momento en el cual un procedimiento arbitral deba considerarse en curso según la ley del Estado miembro en el que se tramite, algo que ya ha sido resuelto por algunos Tribunales nacionales, entre ellos españoles

EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LAS AMPLIACIONES DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Ana Alonso. Abogada de Corporate de Pérez-Llorca

SUMARIO

1. El derecho de preferencia
2. Evolución de la regulación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada
3. Interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado al régimen aplicable al derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada

La regulación del derecho de preferencia en el ámbito de las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada ha sufrido importantes modificaciones que han implicado una reducción de los supuestos en los que este derecho puede ejercitarse.

El derecho de preferencia es entendido por la doctrina y jurisprudencia como un derecho fundamental de los socios que tiene la finalidad de conciliar la búsqueda de nuevos recursos por parte de la sociedad con el porcentaje de participación de los socios en la misma. En este sentido, el derecho de preferencia busca proteger el porcentaje de participación de los socios, evitando que esta pueda resultar diluida como consecuencia de la ejecución de una ampliación de capital.

La regulación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital en las sociedades de responsabilidad limitada ha sufrido modificaciones que han conllevado una reducción de los supuestos en los que se reconoce a los socios este derecho, lo que ha implicado importantes críticas por parte de un sector de la doctrina.

El artículo 75.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) (la "LSRL") preveía una regulación amplia del derecho de preferencia de los socios en los supuestos de ampliaciones de capital con creación de nuevas participaciones y limitaba los supuestos de exclusión del derecho de preferencia a las ampliaciones de capital ejecutadas en el marco de una operación de absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad:

> *"En los aumentos del capital con creación de nuevas participaciones sociales cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que posea.*
>
> *No habrá lugar a este derecho de preferencia cuando el aumento se deba*

a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad."

De esta forma, de conformidad con el régimen previsto en la LSRL, el derecho de preferencia era reconocido a los socios tanto en los supuestos de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias, como de aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos.

Así lo entendía la jurisprudencia que, aplicando el régimen previsto en la LSRL, ha venido reconociendo el derecho de preferencia en los supuestos de ampliación de capital por compensación de créditos en las sociedades de responsabilidad limitada, citando por todas la sentencia número 372/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 26 de noviembre de 2012:

"En los supuestos de ampliación de capital se discutía si el derecho de adquisición preferente era aplicable con independencia de que su contravalor consistiese o no en numerario o por el contrario sólo resultaba de aplicación en las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias (artículos 158.1 TRLSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y 75.1 LSRL). Un sector mayoritario de nuestra doctrina consideró que el texto de la Ley era claro y se refería a cualesquiera aumentos de capital,

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Normas básicas. Marginal: 69726869). Art. 75, 75.1 y 76
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Normas básicas. Marginal: 134914). Art. 158.1 y 159
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (Normas básicas. Marginal: 89882)
- Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Art. 29
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Normas básicas. Marginal: 109184). Arts. 204.1 y 304
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art. 7

"En todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones"

"El ejercicio del derecho de preferencia por parte de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada está limitado a los supuestos de ampliación de capital con emisión de nuevas participaciones sociales y con cargo a aportaciones dinerarias"

con independencia de que su contravalor consistiese o no en numerario. De este modo, cualquiera que fuese el contravalor debía aplicarse el régimen general, lo que obliga a respetar el derecho de suscripción preferente, quedando no obstante a la decisión de la junta la supresión de este derecho previa propuesta al efecto con los requisitos contemplados en los artículos 159 TRLSA y 76 LSRL."

Posteriormente, la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la "**LME**"), modificó el régimen del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital en las sociedades anónimas. En la exposición de motivos de la LME se explicaba que la finalidad de la modificación respondía a la necesidad de adecuar el régimen del derecho de preferencia en las sociedades anónimas a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala 1ª) de 18 de diciembre de 2008 (la "**Sentencia del TJUE**") que se pronunció sobre el incumplimiento por parte de España de lo establecido en el artículo 29 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 (la "**Segunda Directiva**").

No obstante lo anterior, la Sentencia del TJUE no versaba específicamente sobre el ámbito del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital sino que obligaba al Estado español a reconocer la preferencia de los accionistas frente a los obligacionistas en los supuestos de ampliación de capital tanto por emisión de nuevas acciones con cargo a aportaciones dinerarias, como por emisión de nuevas obligaciones convertibles en acciones. Asimismo, a reconocer la posibilidad de que la Junta General de Accionistas suprimiese voluntariamente el derecho de preferencia de los accionistas sobre las nuevas obligaciones convertibles, tal y como establece el apartado segundo del artículo 29 de la Segunda Directiva. En consecuencia, **la Sentencia del TJUE no obligaba al Estado español a limitar el ejercicio del derecho de preferencia a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias**.

En este sentido, se ha entendido que la **limitación del derecho de preferencia responde más bien a la transposición del primer apartado del artículo 29 de la Segunda Directiva que establece que**:

> ***"En todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones."***

Con independencia de cuál sea la motivación real de la modificación operada por la LME, con su entrada en vigor, el ejercicio del derecho de preferencia en las sociedades anónimas quedó limitado a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

Teniendo en cuenta que la LME no modificó el régimen previsto en el artículo 75 de la LSRL, la jurisprudencia y doctrina entendió que en las sociedades de responsabilidad limitada subsistía el derecho de preferencia de los socios en los aumentos de capital con creación de nuevas participaciones con

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de noviembre de 2012, núm. 372/2012, Nº Rec. 617/2011, (Marginal: 70097428)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/2006, (Marginal: 70097430)
- Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70097432)
- Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70097433)

cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos[1].

Finalmente, **la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC") supuso una significativa reducción del ámbito de aplicación del derecho de preferencia en las ampliaciones de capital de las sociedades de responsabilidad limitada, equiparando su régimen al previsto para las sociedades anónimas. De esta forma, el artículo 304 de la LSC establece:

"La DGRN ha entendido que la protección del socio minoritario no se encuentra en la posibilidad del socio de ejercitar el derecho de preferencia, sino que reside en la posibilidad de ejercitar frente a los juzgados y tribunales competentes las correspondientes acciones de impugnación del acuerdo de ampliación de capital adoptado"

"1. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscri-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- AMAT, ORIOL. MARTÍNEZ-PINA, ANA MARÍA. MÍNGUEZ, SANTIAGO. SANZ, JUAN IGNACIO. GINÉS CASTELLET, NÚRIA. *Reforma de la legislación mercantil y las normas internacionales de contabilidad.* Barcelona. JM Bosch Editor 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- DE LA FUENTE, JUAN. *El derecho de información del socio en las sociedades de capital.* Economist&Jurist Nº 198. Marzo 2016. (www.economistjurist.es)
- DÍEZ, MARIA JESÚS. *Cómo suscribir capital en una sociedad sin aportar dinero.* Economist&Jurist Nº 179. Junio 2013. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *Los blindajes en las sociedades cotizadas.* Economist&Jurist Nº 154. Octubre 2011. (www.economistjurist.es)

1 Vid. Sentencia número 372/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 26 de noviembre de 2012.
Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ VELASCO, PABLO, "Los excesos del Ejecutivo en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital", Diario La Ley Nº 7733, Sección Doctrina, 10 de noviembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-422, Editorial La Ley.

bir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.

2. No habrá lugar al derecho de preferencia cuando el aumento del capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones."

En este sentido, atendiendo a la literalidad de lo previsto en el artículo 304 de la LSC, **el derecho de preferencia en los aumentos de capital de las sociedades de responsabilidad limitada quedó limitado a aquéllos que se ejecuten con cargo a aportaciones dinerarias, excluyendo su aplicación a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos**. No obstante, en el ámbito de las ampliaciones de capital por compensación de créditos existían voces discordantes por parte de algunos Registros Mercantiles y por parte de la doctrina.

De esta forma, tras la entrada en vigor de la LSC, algunos registradores optaban por no inscribir las ampliaciones de capital por compensación de créditos sin la constancia expresa de la renuncia de los socios al ejercicio del derecho de preferencia. Del mismo modo, parte de la doctrina sostenía que el derecho de preferencia debía mantenerse en estos supuestos, al entender que el aumento de capital por compensación de créditos consiste realmente en un aumento de capital dinerario: *"el aumento de capital mediante compensación de créditos es un aumento dinerario en el que el pago o cumplimiento de la obligación del socio se realiza, no mediante la entrega de dinero, sino mediante compensación*[2]*."*

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (la "DGRN"), en sus resoluciones de 4 y 6 de febrero de 2012, confirmó la literalidad de lo previsto en el artículo 304 de la LSC, estableciendo que:

"Indudablemente, ***la norma actualmente vigente extiende a la sociedad de responsabilidad limitada en este extremo el régimen establecido para la sociedad anónima****. Así resulta del artículo 304.1 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de preferencia únicamente en «los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales…, con cargo a aportaciones dinerarias* [3]*"*

En este sentido, **la DGRN ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho de preferencia**

2 Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., "El aumento de capital por compensación de créditos en una limitada y el derecho de asunción/suscripción preferente", en Almacén de Derecho, 03.03.2012, http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/el-aumento-de-capital-por-compensacion.html/.

3 Vid. Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Jardinería Sotojardín, S.L., contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad.
El recurso presentado por Jardinería Sotojardín, S.L. tiene su fundamento en la calificación negativa del Registro Mercantil de Cádiz a inscribir una ampliación de capital por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios de Jardinería Sotojardín, S.L., no habiendo asistido otro de los socios a la Junta General de Socios en la que se aprobó la referida ampliación de capital.

debe circunscribirse a las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en los que el aumento de capital es consecuencia de la adquisición por parte de la sociedad de activos específicos o de elementos patrimoniales complejos (e.g. terrenos o créditos que un acreedor ostente frente a la sociedad) que en ningún caso podrían ser proporcionados por los socios de la sociedad[4].

En consecuencia, debe entenderse que, tras la entrada en vigor de la LSC, **el ejercicio del derecho de preferencia por parte de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada está limitado a los supuestos de ampliación de capital con emisión de nuevas participaciones sociales y con cargo a aportaciones dinerarias**.

Por último, tal y como resaltó la DGRN en su resolución de 6 de febrero de 2012, **no puede ignorarse que la exclusión del derecho de preferencia en los supuestos de aumento de capital por compensación de créditos podría implicar una desprotección de los socios minoritarios de la sociedad en aquellos supuestos en los que la extinción de los créditos con cargo a participaciones sociales de la sociedad no estuviese amparada en el interés social y buscase únicamente el beneficio o el incremento del control en la sociedad por parte de los socios mayoritarios**. Esta situación podría darse, por ejemplo, en el supuesto en el que se llevase a cabo una ampliación de capital por la compensación de un crédito que ostentase frente a la sociedad una sociedad del grupo del socio mayoritario.

Sin embargo, **la DGRN ha entendido que ante estas situaciones, la protección del socio minoritario no se encuentra en la posibilidad del socio de ejercitar el derecho de preferencia, sino que reside en la posibilidad de ejercitar frente a los juzgados y tribunales competentes las correspondientes acciones de impugnación del acuerdo de ampliación de capital adoptado**:

> *"De esta exclusión legal del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos puede derivarse una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008 que, al referirse a la compatibilidad del derecho de suscripción preferente con dicha modalidad de aumento del capital social en el régimen entonces vigente de la Ley de Sociedades Anónimas, añade que «tampoco cabe descartar que el derecho de suscripción preferente pueda tener efectividad mediante el pago de sus créditos a los terceros acreedores por socios que se subroguen en su posición para recibir las nuevas acciones correspondientes»). Pero se trata de hipótesis que dejan a salvo la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del acuerdo de que se trate, mediante la correspondiente acción de impugnación del acuerdo de aumento de capital social, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. artículos 204.1 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital; 7 del Código Civil)* [5]*."* ■

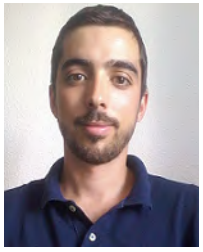
CONCLUSIONES

- En resumen, el régimen previsto en el artículo 304 de la LSC en relación con el derecho de preferencia en las ampliaciones de capital se aplica indistintamente tanto a las sociedades anónimas con a las sociedades de responsabilidad limitada. En consecuencia, los socios de una sociedad de responsabilidad limitada no tendrán derecho a ejercitar el derecho de adquisición preferente en las ampliaciones de capital por compensación de créditos, encontrándose su protección en la posibilidad de impugnar el acuerdo de la Junta General de aprobación de la referida ampliación de capital ante los Juzgados y Tribunales que, en cada caso, resulten competentes

4 Vid. LARA, RAFAEL, "La ejecución del acuerdo de aumento", en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, coord. por ROJO, ÁNGEL y BELTRÁN, EMILIO, Pamplona, edición 2015, Civitas.

5 Vid. Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Mantenimiento Sotojardín, S.L., contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital social de dicha sociedad.
El recurso presentado por Mantenimiento Sotojardín, S.L. tiene su fundamento en la calificación negativa del Registro Mercantil de Cádiz a inscribir una ampliación de capital por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios de Mantenimiento Sotojardín, S.L., no habiendo asistido otro de los socios a la Junta General de Socios en la que se aprobó la referida ampliación de capital.

GUÍA RÁPIDA PARA POSICIONAR UN DESPACHO DE ABOGADOS EN GOOGLE



María Jesús González-Espejo. Experta en marketing de abogados y socia directora de www.emprendelaw.com
Daniel Bermejo. Periodista y gestor de proyectos de www.emprendelaw.com

SUMARIO

1. Estrategia antes que acción
2. Primer pilar: el sitio web, el epicentro de tu estrategia de posicionamiento on line
3. Segundo pilar: el blog corporativo del despacho, columna vertebral de la reputación de la firma y los profesionales
4. Tercer pilar: las redes sociales, el altavoz necesario
5. Cuarto pilar: las campañas de e-mail marketing, invitaciones a la acción y el recuerdo
6. Las acciones básicas de una estrategia de posicionamiento

El éxito comercial de un despacho de abogados ya no depende únicamente de su prestigio o del boca a oreja (que sigue siendo, a pesar de todo, el sistema más importante para captar clientes con que cuenta un abogado, debido sobre todo a que esta profesión se basa en la confianza que el profesional genera en su cliente de tener los conocimientos y experiencia necesarios para resolver un problema). Hoy, los buscadores en internet se han convertido en la principal "boca" a la que acude quién necesita un asesor legal. Y entre ellos, qué duda cabe, en nuestro país, el preferido es el "gigante" Google.

Sin embargo, sólo un grupo limitado de firmas de abogados supieron ver pronto la importancia que el posicionamiento en estos buscadores podría tener en sus negocios, por lo que decidieron invertir esfuerzo, tiempo y dinero para lograr en ellos un lugar privilegiado para ciertas palabras clave. Éstos, como si de magia se tratase, comenzaron a recibir correos y llamadas de potenciales clientes, de forma cómoda, a través del ordenador. Y así es como unas pocas firmas pequeñas han pasado, de la noche a la mañana, a formar parte del selectivo grupo de grandes firmas (despachos que cuentan con amplias plantillas y realizan facturaciones de más de seis dígitos).

Pero la 'magia' nunca ha sido fácil de entender, ni de llevar a cabo. Lo que en un principio pudo ser un sistema fácil para atraer clientes, se fue complicando, sobre todo por el aumento de la competencia. El deseo de más operadores jurídicos de aparecer entre los mejores resultados de las búsquedas, los que se incluyen en la primera página que Google devuelve al usuario, para el conjunto de palabras claves relacionadas con el ejercicio de la abogacía, exige ahora mucho más esfuerzo a los abogados. Los despachos han tenido que aprender sobre técnicas como el marketing de contenidos, sobre SEO (Search Engine Optimization) o el SEM (Search Engine Marketing).

El objetivo de este artículo es desvelar algunas técnicas básicas que pueden ser útiles para un despacho de abogados que desee mejorar el posicionamiento de su firma en los buscadores de internet. El cumplimiento de todos los puntos no garantiza salir en la primera posición para todas las búsquedas en Google, pero sí que aumentará, si se lleva a cabo durante un período de tiempo prolongado, las posibilidades de salir en la primera página.

ESTRATEGIA ANTES QUE ACCIÓN

Antes de ponernos manos a la obra, es importante que respondas a una serie de preguntas. Con estas respuestas podrás trazar una clara y sólida estrategia:

- ¿Cuáles son los objetivos del despacho?
- ¿Quién es su público objetivo?
- ¿Has hecho algo hasta ahora para optimizar tu web?
- ¿Conoces a fondo a tus competidores?
- ¿Por qué tus visitantes deben entrar en tu web y no en la de tu competencia?

Las posibilidades que ofrece internet son infinitas y sin saber bien qué deseas, la actividad allí realizada puede resultar infructuosa. Sólo cuando tengas claras las respuestas a estas preguntas y trazada tu estrategia debe pasarse a la acción. En nuestra experiencia, sea cual sea la estrategia escogida, debería articularse sobre estos pilares:

> **"SEM: consiste en la realización de campañas de publicidad de pago, que permitirán aparecer en las búsquedas en posiciones determinadas de la página que los buscadores reservan a quienes contratan sus espacios publicitarios"**

PRIMER PILAR: EL SITIO WEB, EL EPICENTRO DE TU ESTRATEGIA DE POSICIONAMIENTO ON LINE

La primera pregunta es: ¿tiene tu despacho ya página web? Si la respuesta es negativa, ponte las pilas. **Sin una web no tiene mucho sentido trabajar en el posicionamiento en los buscadores pues la llamada conversión a ventas** (es decir, lograr clientes que de verdad contraten tus servicios) **será casi imposible sin ella**.

Si tu respuesta a nuestra pregunta es afirmativa, podemos ponernos. Vamos allá.

El contenido que tiene tu sitio web es lo que Google valora más. Da igual que utilices la estrategia que quieras, si tu página no tiene contenidos de interés para los usuarios del buscador, Google no te posicionará de la manera que esperas. Pero ¿cómo debe ser ese contenido para tener posibilidades de ser exitoso?:

- **Original**: tener los mismos contenidos (estructura, palabras, imágenes…) que nuestro despacho 'vecino' no nos beneficiará en nada, pues estaremos compitiendo con él para posicionarnos. Por ello, es importante diferenciarse, ser creativo y proporcionar soluciones a respuestas que realmente necesite el cliente y generen en él, la confianza necesaria para que nos contacte.

- **Dirigido a segmentos concretos de clientes**: generalmente, al tratar de abarcar a la totalidad del mercado para tener más tráfico, se produce el efecto inverso. El público entra en las webs a buscar una cosa y si no encuentra lo que busca, casi seguro que abandonará de inmediato nuestro sitio, lo que hará que el indexador de contenidos penalice el nuestro y con razón, pues no habremos dado al usuario lo que esperaba de nosotros. Google no quiere decepcionar a sus clientes, sino darles el mejor servicio de búsquedas posible.

- **Con un lenguaje adaptado** al registro que comprenden nuestros clientes. Recordemos que el lenguaje jurídico es **técnico y académico**. Es decir, lo hablamos profesionales especializados y lo aprendemos en la uni-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Relaciones con Tribunales, profesionales, clientes y medios de comunicación (Volumen II)* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CUESTA LLERANDI, SANDRA. *La lucha en el posicionamiento de los despachos de abogados.* Economist&Jurist Nº 196. Diciembre-Enero 2015 (www.economistjurist.es)

- MURO FERNÁNDEZ DE ARRÓYAVE, DAVID. *Cómo acercarme a mi target: Herramientas de Marketing y acciones comerciales en los despachos de abogados.* Economist&Jurist Nº 185 Noviembre 2014. (www.economistjurist.es)

versidad. Sólo una parte de los usuarios a quienes nos dirigimos (clientes, prescriptores, proveedores, etc.) han estudiado como nosotros Derecho (abogados de empresa, jueces, procuradores, etc.) y en consecuencia, habremos de tener claro quién es el destinatario de nuestro contenido y escribir para que nos entiendan.

– **Relevante**: debe ser útil para el lector, proporcionarle soluciones y no dudas. Recuerda que internet se ha convertido en el principal repositorio de información del mundo y que es posible encontrar respuesta a casi todo. Sé generoso y no intentes sólo vender, el usuario de internet necesita percibir que tú puedes darle más del precio que él pagará.

– **Incluyendo palabras clave**: las palabras clave con las que quieres que te encuentren deberían estar presentes en el texto. Cuanto más al principio estén, más relevancia adquieren para el motor de búsqueda de Google. Esta palabra puede ser compuesta (ej: defensa civil) y puede aparecer varias veces en una misma página, pero hay que tener cuidado porque la excesiva repetición de la misma puede interpretarse como "keyword stuffing" (relleno de palabras clave) y perjudicar el posicionamiento en sus búsquedas.

"Las buenas campañas de e-mailing, pueden generar muchas visitas a la web, algo que, como ya hemos señalado, sí tiene en cuenta Google a la hora de "medir" nuestra web"

SEGUNDO PILAR: EL BLOG CORPORATIVO DEL DESPACHO, COLUMNA VERTEBRAL DE LA REPUTACIÓN DE LA FIRMA Y LOS PROFESIONALES

> **"SEO y SEM funcionan mediante prueba-error, es decir, que según vayamos utilizándolas mediremos los resultados obtenidos y seguiremos en la misma línea o replantearemos la estrategia"**

Mantener un blog actualizado dentro de la web es otra de las acciones claves para lograr un buen posicionamiento entre la competencia. Una web estática es como una web muerta. La generación de contenidos propios, con un interés que genere valor al usuario y con una periodicidad no superior a una semana, mantendrá una web activa y generará un "ruido" que Google no desoirá.

TERCER PILAR: LAS REDES SOCIALES, EL ALTAVOZ NECESARIO

Las redes sociales son herramientas excelentes para la difusión masiva de contenidos y mensajes publicitarios. Y, además, también **son el mejor proveedor de Google sobre las señales de importancia sobre tu web**.

Como se ha explicado antes, Google da mucha importancia a los contenidos relevantes y a la experiencia de usuario en la web. Sin embargo, el contenido por sí mismo no tiene ningún poder. Necesita de una difusión para lograr tener la visibilidad que pretendemos y que adquiera relevancia. Y en esto, las redes sociales son clave, dado que quien siga nuestros perfiles estará realmente interesado en nuestros contenidos. Podemos interpretar que cuantos más "compartidos", "me gusta", "comentarios", etc. tengan nuestros post en redes, más relevantes habrán sido para los usuarios, por lo que los resultados en Google serán cuestión de tiempo y de ser capaces de mantener la misma línea de trabajo.

Los sorteos de servicios, promociones para clientes o las campañas publicitarias de pago de 'Facebook' o 'Twitter' sue-

len funcionar muy bien a despachos que se orientan a un sector muy concreto.

CUARTO PILAR: LAS CAMPAÑAS DE E-MAIL MARKETING, INVITACIONES A LA ACCIÓN Y EL RECUERDO

Puede parecer que enviar e-mails no tiene nada que ver con Google, y es verdad. Sin embargo **las buenas campañas de e-mailing, pueden generar muchas visitas a la web, algo que, como ya hemos señalado, sí tiene en cuenta Google a la hora de "medir" nuestra web**. Por ello, es importante mantener una base de datos de clientes actualizada, mejor si es interna que externa (para evitar reclamaciones por uso no autorizado de datos personales y el rebote en la medida de lo posible), y medir los resultados mediante prueba y error.

Aquí vuelven a entrar en juego la originalidad, el interés de la noticia, el valor añadido del contenido… Además, hay que tener en cuenta ciertos detalles que generan confianza a los lectores:

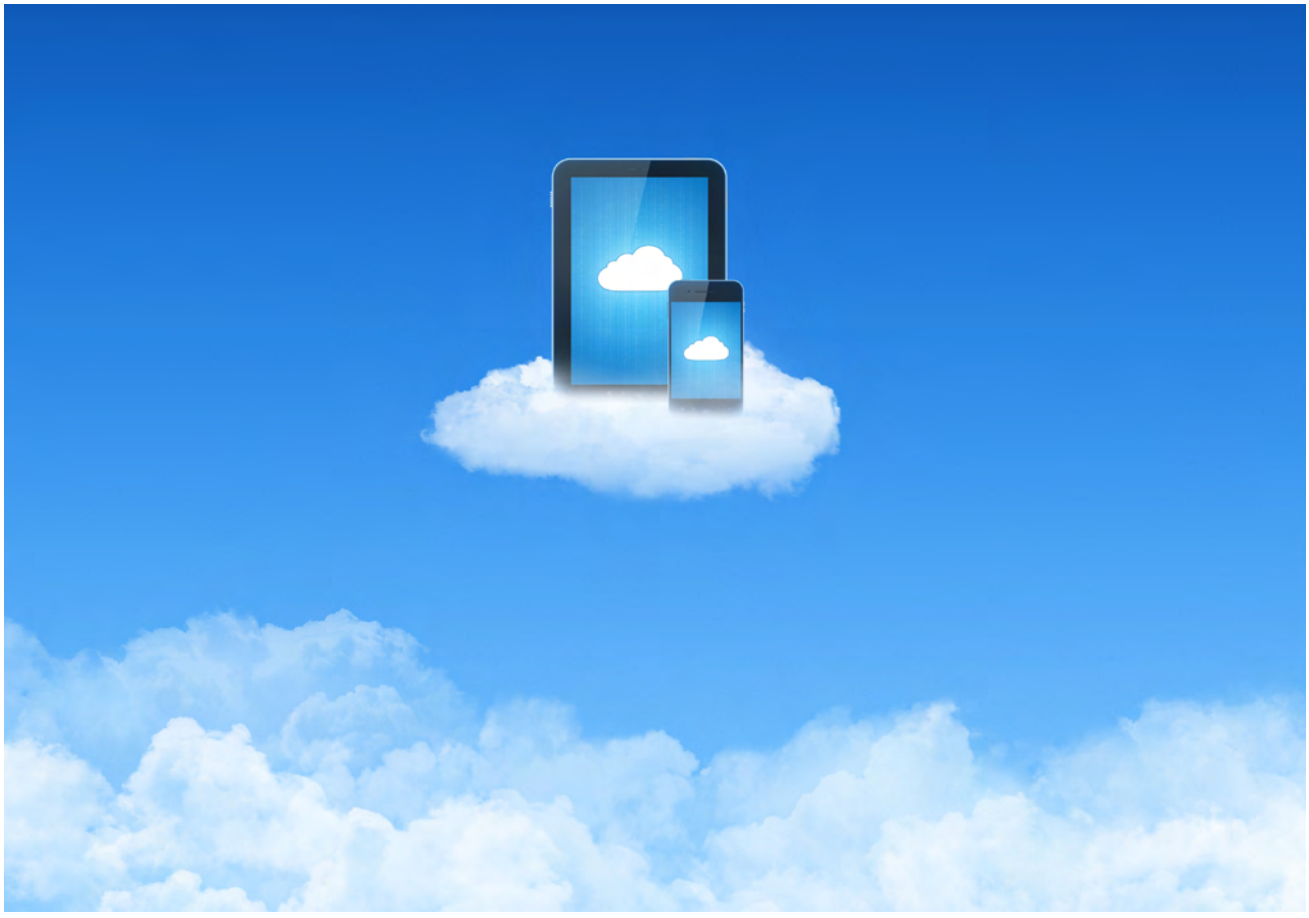
Los e-mails tienen que tener muy bien definidos y visibles los denominados "call to action" (botones que inviten a la acción). Además, **los mensajes deben ir lo más personalizados posibles y que no parezca que es una máquina quien los está enviando**.

Ya hemos visto los cuatro pilares básicos, pero sin las llamadas tres Cs, no tendremos éxito. Estas son: la constancia, la constancia y la constancia. Una buena posición no se consigue de un día para otro. Es fruto de mucha constancia y esfuerzo. Para lograr una buena posición, hay que tener mucha paciencia.

LAS ACCIONES BÁSICAS DE UNA ESTRATEGIA DE POSICIONAMIENTO

Son varias las acciones que podemos llevar a cabo para mejorar el posicionamiento. A continuación explicamos las más utilizadas:

SEO: es la modalidad gratuita de ganar una mejor posición en buscadores y requiere llevar a cabo



una serie de acciones. A continuación, describimos las más básicas:

Análisis de palabras clave: existen varias herramientas que nos ayudan a saber cuáles son los términos que más se buscan en Google. Entre ellas están Google Trends o el Planificador de palabra clave de Google Adwords (requiere cuenta). Nos ayudan a saber cuáles son las tendencias de búsqueda y a enfocarlas en nuestra web.

Creación de un Sitemap: se trata de un archivo que ayuda a los motores de búsqueda de Google a indexar correctamente con toda nuestra web. Si la web está creada con Wordpress, una de las herramientas más útiles para la creación del archivo es Yoast SEO, un plugin que nos lo creará directamente y nos ayudará con otros aspectos de posicionamiento online.

Título, descripción y metaetiquetas: todos estos deben ser únicos para cada página y no contener la misma palabra clave. Se aconseja que el título no supere las 13 palabras, mientras que la descripción no debe superar las 160 palabras. Además, dentro del texto se le podrá dar importancia a ciertas palabras o subtítulos colocándoles metaetiquetas (H1, H2, H3…) según su rango de importancia.

Google Local Business Center: el despacho debe darse de alta en Google. El buscador identifica la ubicación del usuario y en muchas ocasiones le enseña los resultados más cercanos a él. Habrá que rellenar un formulario y cumplimentar los datos y la ubicación de la empresa para que la sitúe en su mapa. Cuanta más información se facilite, mejor.

Enlaces a la web del despacho: la cantidad de enlaces que lleven a nuestra web desde otra externa, otorga mayor relevancia al despacho y su contenido. Por eso es importante lograr que se produzcan estos enlaces. Una práctica habitual es llegar a acuerdos con otras páginas para intercambiar estos enlaces, aunque también hay que tener en cuenta que cuanto

mayor interés tenga nuestro contenido, mayor probabilidad habrá de recibirlos.

Es importante entender que el SEO (Search Engine Optimization) es una ciencia muy viva. **Google modifica con regularidad el algoritmo que utiliza su buscador y por tanto nosotros aconsejamos, invertir en la contratación de un servicio profesional que realice esta tarea**.

SEM: consiste en la realización de campañas de publicidad de pago, que permitirán aparecer en las búsquedas en posiciones determinadas de la página que los buscadores reservan a quienes contratan sus espacios publicitarios. Google en concreto ofrece Google Adwords, la herramienta que nos permite seguir unos pasos muy cómodos para realizar nuestros anuncios y segmentar el perfil de los usuarios a quienes queremos que les aparezca el resultado de nuestra búsqueda: según el tipo de red (Google o banners), los dispositivos (ordenador o móvil), los idiomas, la ubicación, los días y horas de publicación. Además, la herramienta nos permite planificar la inversión que queremos hacer, en qué modalidad pagaremos (por click, por cada 1.000 visionados del anuncio, por venta…) y las palabras clave (que se subastan a precios diversos).

Evidentemente, cuanto mayor sea la inversión en publicidad, más apariciones tendremos en los espacios reservados de la página de resultados de Google, por lo que el despacho conseguirá mayor relevancia y, si la campaña está bien hecha, clientes.

Ambas estrategias (SEO y SEM) funcionan mediante prueba-error. Es decir, que según vayamos utilizándolas mediremos los resultados obtenidos y seguiremos en la misma línea o replantearemos la estrategia. ■

CONCLUSIONES

- Hasta aquí hemos visto a grandes rasgos los aspectos clave que deben contemplarse en una estrategia, la selección de una serie de acciones y la perseverancia en su desarrollo. Los resultados no son nunca inmediatos y el posicionamiento refleja casi siempre, el buen conocimiento que una firma tiene de sus clientes y su capacidad de dar respuesta a sus necesidades reales. Sólo con ese enfoque cliente, alejado totalmente del "egomarketing" que practican muchos abogados, podremos lograr el reconocimiento de Google y el ansiado premio de estar entre los primeros

ISDE INAUGURA LA NUEVA PROMOCIÓN DEL DOBLE TÍTULO DE GRADO EN DERECHO Y MÁSTER EN ABOGACÍA INTERNACIONAL

ISDE ha celebrado su acto inaugural de la nueva promoción del doble título de "*Grado en Derecho y Máster en Abogacía Internacional*", que imparte conjuntamente con la Universidad Complutense de Madrid.

Asistían a este acto inaugural el Ilmo. Presidente de ISDE, D. Jorge Pintó Sala, el Ilmo. Director General de ISDE, D. Juan José Sánchez Puig, la Directora Académica de Grado en Derecho de ISDE, Doctora Europea en Derecho y Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, Doña María del Rosario Cristobal Roncero, así como el Director del Máster en Abogacía Internacional, abogado y Director del Área de Collection del bufete Cuatrecasas Gonçalves Pereira, D. Plácido Molina Serrano. Por último, como invitado especial, asistía asimismo a este acto el Excmo. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Madrid, D. José Javier Polo Rodríguez, quien estuvo encargado de impartir la clase magistral de apertura del nuevo curso académico: "La Cooperación Jurídica Internacional: una aspiración permanente".

EL ICAB FORMA PARTE DEL PROYECTO EUROPEO DE ASISTENCIA JURÍDICA A REFUGIADOS EN LESBOS

El Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) es uno de los Colegios que forma parte del proyecto 'European Lawyers in Lesvos', junto con el Consejo General de la Abogacía Española. Esta iniciativa la ha puesto en funcionamiento el Consejo de Abogados de Europa (CCBE) y la Asociación de Abogados de Alemania (DAV) con el objetivo de ofrecer asesoramiento y asistencia jurídica a las personas refugiadas que se encuentran en la isla griega de Lesbos. Este proyecto tiene una duración de un año.

EL COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA FIRMA UN ACUERDO CON LA FEDERACIÓN NACIONAL DE MUJERES GITANAS PARA ATENDER A VÍCTIMAS DE DELITOS DE ODIO

El Colegio de Abogados de Málaga ha suscrito un convenio de colaboración con la Federación Nacional de Mujeres Gitanas, KAMIRA, para la prestación del Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita a las víctimas de delitos de odio y discriminación.

El decano, Francisco Javier Lara, y la presidenta del colectivo, Carmen Santiago, han firmado el texto por el que el Colegio se compromete a facilitar que abogados especializados en esta materia atiendan las consultas que lleguen a través de KAMIRA.

EDUARDO TORRES ES REELEGIDO VICEPRESIDENTE DEL CADECA

El decano del Colegio de Abogados de Granada, Eduardo Torres González-Boza, ha sido proclamado vicepresidente del Consejo Andaluz de Abogados de Andalucía, cargo que ostentaba en el anterior mandato, después de ser elegido el pasado mes de noviembre de 2014.

D. Eduardo Torres

DICTUM INAUGURA SU SEDE EN HONG KONG

Dictum inaugura sus oficinas en Hong Kong, situadas en el centro financiero de la ciudad, estarán dirigidas por Carmen Rodriguez Conde. Abogada especializada en Derecho Mercantil con experiencia en Derecho Mercantil Internacional y en el asesoramiento legal de empresas de Hong Kong, creación de sociedades y contratos mercantiles.

ARAOZ & RUEDA FICHA COMO SOCIO A JESÚS CONDE PARA DIRIGIR INMOBILIARIO

El bufete español Araoz & Rueda ha incorporado al abogado Jesús Conde, hasta ahora socio en Baker & McKenzie, como socio responsable del departamento de Derecho Inmobiliario de la firma, con el objetivo de dar un fuerte impulso a esta importante área de práctica.

D. Jesús Conde

FUSTER-FABRA ABOGADOS INCORPORA A RAQUEL SOLBES, LEIRE ECENARRO Y FERNANDO FUSTER- FABRA COMO SOCIOS DE LA FIRMA

La firma Fuster-Fabra Abogados ha incorporado al Departamento de Laboral y Seguridad Social como responsable y socia de la firma, a Raquel Solbes Pellicer; a Leire Ecenarro Sandoval, como Socia del despacho, encargada de la dirección del Área de Derecho de Familia de la firma; así como a Fernando Fuster-Fabra T. para hacerse cargo como Socio del departamento de Mercantil & Fiscal del despacho, asesorando en derecho tributario general a empresas, además de los aspectos derivados de operaciones de compra de empresas, reestructuración de grupos empresariales y en el ámbito de la planificación fiscal patrimonial de personas físicas.

JAIME SOL, NUEVO SOCIO RESPONSABLE PEOPLE ADVISORY SERVICES DE EY

D. Jaime Sol

Procedente de KPMG, Jaime Sol está especializado en el diseño e implantación de sistemas de compensación para consejeros ejecutivos y altos directivos, así como en gestión global de expatriados.

WHO´S WHO LEGAL RECONOCE A SAGARDOY ABOGADOS COMO UNA DE LAS MEJORES FIRMAS DEL MUNDO EN EL ÁREA LABORAL Y DE INMIGRACIÓN

Who´s Who Legal ha reconocido a Sagardoy Abogados como una de las 20 mejores firmas del mundo en el área laboral y de inmigración en 2016, mientras que Román Gil, socio de la Firma, ha sido destacado como abogado de referencia en la región de EMEA.

PÉREZ-LLORCA REFUERZA SU ÁREA DE FISCAL CON LA INCORPORACIÓN DE PABLO ULECIA COMO SOCIO

Pérez-Llorca ha incorporado como socio de Fiscal a Pablo Ulecia, quien reforzará el equipo de esta área en la sede de Madrid. Ulecia es experto en Derecho Fiscal y ha desarrollado su labor tanto en firmas de abogados nacionales e internacionales de reconocido prestigio como en importantes entidades financieras.

D. Pablo Ulecia

INTELIGENCIA ECONÓMICA Y SEGURIDAD NACIONAL

Vicente Gonzalvo Navarro

Ed. Difusión Jurídica

Páginas 257

La inteligencia económica es una "nueva disciplina" vertebrada a partir de un proceso sistemático de recolección de información, análisis y diseminación de la anterior acerca del actual entorno económico, y de las previsiones sobre el mismo, que relaciona variables jurídicas, relacionadas con el concepto de seguridad e interés nacional, empresariales, y de la propia organización, con otras relativas a la macroeconomía, la estrategia y la prospectiva, todo ello en beneficio directo de la sociedad, de sus empresas y ciudadanos.

LEGAL COMPLIANCE

Casanovas Ysla, Alain

Ed. Difusión Jurídica

Páginas 250

El término "cumplimiento" se aplica en contextos muy variados, tales como el denominado corporate compliance (penal), tax compliance (impuestos), competition compliance (derecho de la competencia), etc. ¿Existe realmente una definición sobre qué es compliance y que ámbitos abarca?, ¿cómo se organiza un sistema general para la gestión del cumplimiento normativo y que responsabilidades personales asumen los Chief Compliance Officers? ¿qué relación existe entre ética y cumplimiento?

POR QUÉ SE GANAN O SE PIERDEN LOS PLEITOS

Raúl Ochoa Marco, Jesús María Alonso y Angel Alonso Gavito

Ed. Colex

Páginas 189

Desde el principio la sistemática del libro es la misma, se trata de conocer la legislación aplicable al supuesto tratado, un breve resumen del procedimiento aplicable, aderezado con un esquema procesal y, como piedra angular, algunas sentencias dictadas al efecto, estimando o desestimando la pretensión, con especial relevancia sobre qué pruebas han sido necesarias para tomar una u otra decisión.

LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

María Luisa Balaguer Callejón

Ed. Tecnos

Páginas 208

El contenido de estas Lecciones de Derecho Constitucional responde a las exigencias de los programas de la asignatura de Derecho Constitucional que se imparten en los grados de Gestión y Administración Pública, Criminología, Relaciones Laborales y el doble grado de Derecho y Administración de Empresas.

DEPENDENCIA. LEY Y NORMAS COMPLEMENTARIAS

Ed. Tecnos

Páginas 144

Esta nueva edición ofrece el texto de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, con la incorporación de todas las modificaciones sufridas hasta el momento, incluidas las introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS
www.libros24h.com
LIBROS24h.com
WWW.LIBROS24H.COM

Máster en Estudios Europeos

Conoce las Instituciones Europeas desde dentro

PROGRAMA EXECUTIVE PART TIME,
compatible con la actividad profesional
u otros estudios
(impartido en viernes tarde y sábados mañana)

FORMACIÓN INTENSIVA:
6 meses duración

ISDE

CLAUSTRO íntegramente formado por altos cargos y representantes de las principales **Instituciones y Organismos de la UE**

DIRECCION DEL PROGRAMA:
Alejo Vidal-Quadras Roca, Vicepresidente del Parlamento Europeo entre 1999 y 2014

FT FINANCIAL TIMES

ISDE, 1º de España, 3º de Europa y 4º del mundo, ranking "Innovative Law Schools"publicado por Financial Times

"La Unión Europea es, probablemente, el mayor logro internacional de los últimos 200 años. El conocimiento jurídico, político y económico de esta maquinaria tan maravillosa ya es en sí mismo una experiencia."

Alejo Vidal-Quadras Roca

ISDE · C/Recoletos 6, 28001, Madrid · Telf: +34 911 265 180
masters@isdemasters.com · http://www.isdemasters.com

¡Nueva! SUITE GESTIÓN DE DESPACHOS

La solución integral para tu "yo abogado" y tu "yo gestor"

Mientras tu "yo abogado" defiende al 100% los intereses del cliente, ¿tu "yo gestor" **optimiza la gestión** de tu despacho?

Sácale partido a tu "otro yo" con **Suite Gestión de Despachos.** Consigue una verdadera **visión estratégica de negocio y contrólalo todo** desde cualquier lugar a cualquier hora.

Descubre la solución **más sencilla, multisoporte e integrada** con los contenidos Lefebvre-El Derecho.

Accede a todo desde cualquier lugar

SUITE GESTIÓN DE DESPACHOS
LEFEBVRE · EL DERECHO
jarvis

PRUÉBALO GRATIS SIN COMPROMISO
llamando al **902 44 11 88** o entra en
www.suitegestiondedespachos.com/prensa