

Economist & Jurist

Año XXVI | nº 225 | Noviembre 2018

www.economistjurist.es

El régimen económico matrimonial legal supletorio



Conclusiones y diligencias finales en el nuevo juicio verbal

Cómo conseguir la guarda y custodia de un menor por una persona distinta a sus progenitores

La teoría del levantamiento del velo y su aplicación práctica en España

El futuro ya es real;
la primera biblioteca virtual
actualizada diariamente

LA MAYOR FUENTE
DE DATOS JURÍDICOS
A UN CLICK



Una fuente de conocimiento y práctica jurídica de cualquier especialidad con el aval y la visión experta de juristas especializados en cada materia del Derecho.



Actualizaciones diarias
y análisis en profundidad
de miles de temas



Toda la práctica jurídica
de cualquier especialidad



Elaborada por los mayores
expertos en cada especialidad
del Derecho

La gratitud

Decía el Notario Faus que la gratitud no es solamente un deber moral, sino que es también un deber jurídico cuya operancia se muestra ya ahora en situaciones determinadas.

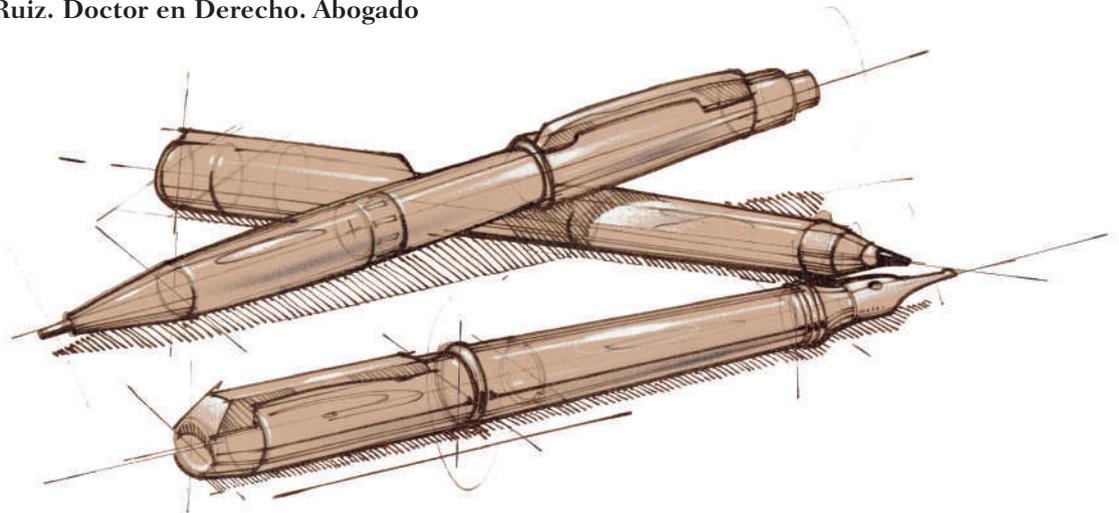
El anciano, el “mayor” siente la necesidad de ser atendido, comprendido, de “relacionarse” con sus familiares, especialmente con sus descendientes. No se trata solo de no ofender, no dañar, ni de no efectuar actos capaces de ser en sí mismos, contrarios a la ley, la moral, o las buenas costumbres. Se trata incluso – y sencillamente – de no tenerle en cuenta.

Un vivo ejemplo de ello concreto puede hallarse en el art. 451-17, apartado e), del Código Civil de Cataluña que señala, entre las causas que autorizan la desheradación (privación de la legítima obligatoria) la siguiente: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».

Así pues, el citado legitimario catalán que, sin efectuar acto alguno ilegal, sin ofender ni molestar a su ascendiente, sin contrariarle positivamente en absoluto, simplemente, no le haga caso, no le tenga en consideración, no se relacione con él, por causa al propio legitimario imputable, pierde el derecho a la legítima.

Y es que, esta falta de gratitud, este desprecio por omisión, es una muestra más de que se tenderá a que ese deber activo de atención respeto y consideración, en el futuro, alcance (art. 4.1 del Cc) a constituir un principio general del Derecho digno de la debida atención por el carácter informador que dispone el art. 1º del Código civil español.

José Juan Pintó Ruiz. Doctor en Derecho. Abogado



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



19



36



48



77

04 INFORMACIÓN AL DÍA

Selección de novedades Legislativas y Jurisprudenciales a modo de flash informativo, sin ánimo de exhaustividad

EN PORTADA

12 El régimen económico matrimonial legal supletorio (REM). Por Mercè Caral

DERECHO CIVIL

20 - Cómo conseguir la guarda y custodia de un menor por una persona distinta a sus progenitores. Por Olga Ávila

26 - Capitulaciones matrimoniales. Por Elena Crespo

DERECHO COMUNITARIO

34 - La directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital. Por Diego de la Vega

40 - Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en materia de contratos celebrados por consumidores, a propósito de las demandas “falsas” de ciudadanos británicos a hoteles españoles. Por Alfonso Ortega Giménez, Pedro Heredia Ortiz y Paloma Morales Villanueva

DERECHO LABORAL

52 Las contingencias comunes y profesionales. Por Francisco Javier Sánchez Romero

CASOS PRÁCTICOS

60 Procedimiento ordinario en reclamación de gastos de hipoteca. Reclamación de cantidad

DERECHO MERCANTIL

70 La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia. Por José Hurtado

DERECHO PROCESAL

78 Conclusiones y diligencias finales en el nuevo juicio verbal. Por Juan Antonio Távora



12 EN PORTADA

El régimen económico matrimonial legal supletorio (REM)

El matrimonio, como institución que comporta una comunidad de vida entre los esposos, además de producir una serie de efectos y obligaciones personales entre los cónyuges, tiene importantes consecuencias y efectos económicos en el patrimonio e ingresos de los mismos que son esenciales tanto durante la vigencia del matrimonio como en el momento de su disolución. El matrimonio comporta la creación automática de una sociedad patrimonial con el fin de dar soporte económico a las necesidades familiares de los cónyuges y de los hijos. Para regular dichos efectos económicos del matrimonio se han ido creando y desarrollando los regímenes económicos matrimoniales.

HABILIDADES DE LA ABOGACÍA

86 La negociación con el abogado contrario. Por José Luis Vilaplana Villajos

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

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 Villavechía, J. Piqué Vidal, R. Jiménez de Parga, Jausàs Martí, F. Casado Juan, Francisco Marhuenda, Pedro Martín, Manuel Cobo del Rosal.

Consejo Asesor

Joaquín Abril, Esther Ortín, L. UsónDuch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M^º Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio Fernández de Buján,

J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Francisco Marhuenda, Alejandro Tintoré, José M^º Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabari, 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.

C/ Rosa de Lima, 1. Oficina 101 - 28290 Las Rozas. 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: B59888172 - Depósito Legal: M-29743-2015

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834

clientes@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación

Laura Alonso Araguas

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.



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, comunicación pública, 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, S.L. 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.



INFORMACIÓN AL DÍA

SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
 - Legislación**
 - Medidas urgentes para la protección de los consumidores en materia energética..... 04
- AL DÍA CIVIL
 - Jurisprudencia**
 - Vicio del consentimiento 05
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - Ley de IS en Aragón..... 05
 - Jurisprudencia**
 - Exenciones del IRPF..... 06
- AL DÍA LABORAL
 - Legislación**
 - Se publica el calendario laboral para el año 2019 07
- AL DÍA MERCANTIL
 - Legislación**
 - La CNMV modifica varias circulares sobre instituciones de inversión colectiva 07
 - Jurisprudencia**
 - Participaciones sociales 08
- AL DÍA PROCESAL
 - Legislación**
 - El CGPJ aprueba el Reglamento 1/2018 sobre auxilio judicial internacional 08
 - Jurisprudencia**
 - Presupuestos procesales..... 09
- AL DÍA SOCIAL
 - Jurisprudencia**
 - Indemnización 10
- SUBVENCIONES
 - Estatales**
 - Código europeo de buenas prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales..... 10
 - Subvenciones al fomento del asociacionismo en el sector pesquero 10
 - Ayudas para la creación de organizaciones de productores en el sector agrario..... 10

Autonómicas

- Ley de ayudas de la localidad murciana de Lorca 11
- Ayudas al alquiler en Cantabria..... 11

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA ENERGÉTICA

Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores. (BOE núm. 242, de 6 de octubre de 2018)

Este real decreto-ley se adecua a la doctrina del Tribunal Constitucional con relación al alcance de las normas básicas en materia de energía respetando las competencias que, en su caso, se atribuyan a las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Especialmente en materia de autoconsumo, el presente real decreto-ley modifica la normativa vigente para adecuarse a los dictados del Tribunal Constitucional en materia de registro de autoconsumo habilitando a las Comunidades Autónomas a crear y gestionar los correspondientes registros territoriales de autoconsumo.

Asimismo, al configurarse el Bono Social Térmico como una ayuda directa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y ser considerado por lo tanto como una actuación que cabe encuadrar en materia de asistencia social, competencia que ha sido asumida estatutariamente por todas las CC.AA., corresponde su gestión por ello a las CC.AA., sin perjuicio de la competencia del legislador estatal para establecer los criterios y metodología para el reparto y cálculo de la ayuda unitaria.

¡ATENCIÓN!



EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL APRUEBA EL REGLAMENTO 1/2018, SOBRE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL Y REDES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL PÁGS. 8 Y 9.

AL DÍA CIVIL Jurisprudencia

VICIO DEL CONSENTIMIENTO EL TS RECUERDA EL DEBER DE INFORMACIÓN EXIGIBLE A LAS ENTIDADES BANCARIAS

La Sala Primera del TS estima los recursos interpuestos por dos actores que consideran que ha habido un vicio en el consentimiento al firmar unos contratos con una entidad bancaria.

Unos particulares interponen una demanda de juicio ordinario contra una entidad bancaria por ausencia de consentimiento en relación a un contrato de obligaciones subordinadas, además de una reintegración de un capital de los demandantes que habían suscrito con esta entidad. El Juzgado en Primera Instancia de Salamanca desestima la demanda. Como consecuencia, estos interponen un recurso de apelación ante la Audiencia provincial de Salamanca que también es desestimatoria, presentando un recurso de casación por infracción de los artículos 1307, 1309, 1310 y 1311 CC y del art. 477.2.3º LEC.

Los recurrentes plantean y, posteriormente el Tribunal analiza, sobre si ha habido un vicio en el error de consentimiento. Considera que **no ha habido un deber de información, tiene en cuenta que los actores de avanzada edad no tenían formación financiera sobre los productos financieros que la entidad le ofrece.**

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº : 70849809

AL DÍA FISCAL Legislación

SE APRUEBA LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES EN ARAGÓN

Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2018)

Se trata, en efecto, de una reforma de objetivos concretos de amplio alcance, pero realizada con puntuales modificaciones:

1.^a Se da nueva configuración a la tributación de la sucesión empresarial. Para ello, se abandona la vía de las reducciones estatales mejoradas y se introduce una reducción propia de la Comunidad Autónoma de Aragón, incompatible con la estatal, por la adquisición mortis causa de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, por cónyuges y descendientes o, en su defecto, para ascendientes y colaterales hasta el tercer grado, con ciertos requisitos y condiciones, del 99 por 100 del valor neto de aquellos incluido en la base imponible.

2.^a La reducción propia aragonesa a favor del cónyuge, ascendientes y descendientes, se modifica, por un lado, incrementando el importe límite previsto a favor del cónyuge, los ascendientes y los descendientes del fallecido de 150.000 a 500.000 euros (de 175.000 a 575.000 euros en caso de discapacidad) y, por otro, eliminando el requisito

según el cual el patrimonio preexistente del contribuyente no podía exceder de 402.678,11 euros. Además, se extiende a nietos y ulteriores descendientes del fallecido.

3.^a Se introducen tres mejoras en las reducciones por adquisición mortis causa de entidades empresariales, negocios profesionales o participaciones en las mismas, para causahabientes distintos del cónyuge o descendientes, y en las adquisiciones destinadas a la creación de empresa y empleo: la primera, incrementa la reducción del 30 al 50 por 100 en la adquisición genérica de dichas entidades, negocios o participaciones; la segunda, aumenta la reducción hasta el 70 por 100 cuando se trate de las llamadas «entidades de reducida dimensión» a que se refiere el Impuesto sobre Sociedades; y la tercera, en la reducción por adquisiciones mortis causa destinadas a la creación de empresa o negocio simultáneamente a la creación de empleo, con el objetivo de promover la labor del causahabiente emprendedor, igualmente se incrementa del 30 al 50 por 100.

4.^a La reducción estatal prevista para la adquisición mortis causa de la vivienda habitual de la persona fallecida se aplicará, con el carácter de mejora, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, con un porcentaje del 100 por 100 sobre el valor de la vivienda, elevándose el límite estatal a 200.000 euros.

5.^a Se establece una mejora de la reducción prevista en la actualidad en las adquisiciones sucesorias entre hermanos pues se eleva hasta 15.000 euros.

6.^a Se crea una bonificación del 65 por 100 por la adquisición de la vivienda habitual del fallecido siempre que el valor real de esta no supere los 300.000 euros.

7.^a Se amplía notablemente la bonificación para las donaciones a favor del cónyuge o hijos pues se aplica siempre que no supere lo donado la cifra de 500.000 euros.

8.^a Se introduce una nueva reducción propia de la Comunidad Autónoma de Aragón para las donaciones a favor de los hijos del donante de dinero para la adquisición de primera vivienda habitual, o de un bien inmueble para su destino como primera vivienda habitual, en alguno de los municipios de la Comunidad Autónoma de Aragón en ambos casos, que otorgará al donatario el derecho a la aplicación de una reducción del 100 por 100 de la base imponible del impuesto, con un límite de 250.000 euros, y siempre que el patrimonio preexistente del contribuyente no exceda de 100.000 euros. Podrán aplicarse esta reducción los hijos del donante en la adquisición de vivienda habitual cuando hubieran perdido la primera vivienda habitual como

consecuencia de la dación en pago o de un procedimiento de ejecución hipotecaria y se encuentren en situación de vulnerabilidad por circunstancias socioeconómicas.

9.^a Por último, la ley extiende las consecuencias de la situación de conyugalidad, a efectos de aplicación de los beneficios fiscales previstos para la misma, a los miembros de las parejas estables no casadas, según la terminología y regulación de nuestro Código de Derecho Foral de Aragón y otras normas administrativas, eliminando así una posible situación discriminatoria para aquellas uniones de hecho en las que existe una relación prolongada de afectividad y convivencialidad, análoga a la conyugal, entre sus miembros.

Jurisprudencia

EXENCIONES DEL IRPF LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD SE INCLUYEN COMO EXENCIÓN DEL IRPF

*Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
03-10-2018*

La Sala Contencioso-Administrativo del TS deniega el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia previa ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid sobre el IRPF.

La representación procesal de una particular impugna la desestimación por silencio administrativo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid sobre una reclamación económico-administrativa deducida contra la liquidación provisional del IRPF de 2013. Por un lado, su alegación se respaldaba en el artículo 7.h) del TRLIRPF, Real Decreto Legislativo 3/2004 pero interpretándolo como la sentencia de dicha Sección de 3 de febrero de 2014: “las prestaciones por maternidad a cargo de la Seguridad Social son también renta exenta”.

Al contrario, el Abogado del Estado se opone con la sentencia del TSJ de Castilla y León en la sentencia de 15 de octubre de 2012: “se trata de rendimientos de trabajo del artículo 16.2.a) del TRLIRPF” porque se trataba de una “prestación con origen en la excedencia laboral dirigida a compensar la pérdida de ingresos directos al tener suspendido pero no extinguido el contrato de trabajo en esta situación, el fundamento sería la conciliación de la vida profesional y laboral”.

El TS acude al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), a su artículo 177, donde se

¡NOTA IMPORTANTE!



FOGASA TAMBIÉN PUEDE INDEMNIZAR AL TRABAJADOR, AUNQUE HAYA UN ACTO DE CONCILIACIÓN PREVIO, MÁS INFORMACIÓN AL DIA SOCIAL PÁG. 10

protegen situaciones como la maternidad. Considera que la prestación por maternidad es un subsidio gestionado por la Seguridad Social “que trata de compensar la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del permiso de descanso por el nacimiento de un hijo, adopción, tutela o acogimiento, y durante ese periodo el contrato de trabajo queda en suspenso interrumpiéndose la actividad laboral”.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal: 70848980

AL DÍA LABORAL

Legislación

SE PUBLICA EL CALENDARIO LABORAL PARA EL AÑO 2019

Resolución de 16 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2019. (BOE núm. 254, de 20 de octubre de 2018)

La Dirección General de Trabajo es competente para disponer la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la relación de fiestas laborales comunicadas, de conformidad con lo previsto en el reiterado artículo 45.4 del Real Decreto 2001/1983, y en el Real Decreto 903/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, con la finalidad de facilitar el general conocimiento en todo el territorio nacional del conjunto de las fiestas laborales, de tal forma que junto con la publicación de las fiestas de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla se transcriban también las fiestas laborales de ámbito nacional de carácter permanente que figuran en el reiterado precepto.

AL DÍA MERCANTIL

Legislación

LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES MODIFICA VARIAS CIRCULARES SOBRE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

Circular 4/2018, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifican la Circular 1/2010, de 28 de julio, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de servicios de inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo. (BOE núm. 244, de 9 de octubre de 2018)

El objetivo de la presente Circular es el **de actualizar la información recabada a la luz de la experiencia acumulada desde la última modificación y responder a las nuevas necesidades de información que han ido surgiendo**. De este modo, se mantienen en términos generales los modelos de estados reservados ya existentes pero se modifican algunos de sus epígrafes solicitando una información más precisa, o, cuando ello resulta necesario, un mayor nivel de información, pero no se modifican ni la periodicidad ni los plazos de para la rendición de los citados estados.

La Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, y su normativa de desarrollo introducen novedades en las normas de conducta del mercado de valores. Entre otras, establece nuevas modalidades de prestación del servicio de asesoramiento y nuevas exigencias relativas, por ejemplo a la venta cruzada, aspectos sobre los que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe disponer de información que le permita un adecuado ejercicio de sus labores de supervisión, en parti-

cular, con un mayor nivel de detalle respecto a la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión.

Por último, la comercialización de instrumentos financieros por medios telemáticos cada vez resulta más frecuente. Por ello se necesita disponer de una información más precisa respecto a los canales de distribución a través de los que se reciben las órdenes de los clientes.

La Circular consta de dos normas y una disposición transitoria.

La norma primera modifica la Circular 1/2010, de 28 de julio, sustituyendo íntegramente su norma tercera y su anexo, en el que se recogen los modelos de estados reservados.

La norma segunda modifica el anexo IV de la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, introduciendo en el estado M4 tres nuevos apartados. La disposición transitoria establece el régimen de rendición de los nuevos estados reservados ajustados a las modificaciones establecidas en esta Circular.

Jurisprudencia

PARTICIPACIONES SOCIALES LA SITUACIÓN DE AUTOCARTERA DE LAS SOCIEDADES QUE SE PROLONGUE MÁS DE 3 AÑOS ES CONTRARIA A DERECHO

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 01-10-2018

Una sociedad siendo a su vez socio de una Sociedad Limitada presenta una demanda contra la segunda para declarar la nulidad de pleno de hecho de la constitución de la junta universal y de sus acuerdos por no haber asistido a la junta la sociedad demandante. A su vez, de forma subsidiaria se solicitaba la nulidad del acuerdo de enajenación de las participaciones sociales propias en autocartera, con concesión de aplazamiento del pago de parte del precio a algunos socios adquirentes, y del acuerdo de ampliación de capital, adoptados en dicha junta universal. Posteriormente presenta un escrito donde amplía a la demanda contra varios socios de la sociedad demandada.

La sentencia dictada en primera Instancia (Juzgado de lo Mercantil de Cáceres) concluye que la junta universal había sido celebrada con asistencia de todos los socios, rechazando la nulidad de los acuerdos adoptados. La sociedad demandante interpone un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cáceres, la cual es también desestimada. Cabe decir que hubo un voto particular discrepando el fallo ya que alegaba que la recurrente no había asistido a la junta universal ese día y que por ello esta junta no había sido válidamente celebrada.

Por ende, el recurrente formula un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. Fundamenta que ha habido una infracción de los artículos 469.1.4º y 218.2 de la LEC y que la Audiencia no había valorado el voto particular y que había infringido la “exigencia de exhaustividad”.

La Sala tiene en cuenta la sentencia 445/2014, de 4 de septiembre, el artículo 141 LSC, entre otros. El resultado es la desestimación de ambos recursos.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70848966

AL DÍA PROCESAL

Legislación

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL APRUEBA EL REGLAMENTO 1/2018 SOBRE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL

Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional. (BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2018)

Se considera imprescindible que en un mismo reglamento se integren todas las disposiciones que incidan en la organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional internacional, así como todas aquellas que perfilen el papel que debe desempeñar en este cometido el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial.

El Título I se dedica, precisamente, a la actuación de este órgano constitucional en apoyo del auxilio judicial internacional y en la aplicación del Derecho de la Unión Europea por los jueces y magistrados.

Junto a esto, resulta también necesario contar con una regulación moderna de las redes creadas por el Consejo General del Poder Judicial cuya actividad se proyecta en la esfera internacional. La Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) y la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea (REDUE) existen desde hace más de una década, si bien únicamente la primera tiene regulación reglamentaria. Es preciso, por tanto, que también la segunda tenga reflejo en nuestro ordenamiento jurídico y que la regulación de ambas sea

¡NOTA IMPORTANTE!



EL SUPREMO SUBRAYA LA NECESIDAD DE COMPROBAR LOS PRESUPUESTOS PROCESALES, EN ESPECIAL SOBRE LA CUANTÍA LEGAL PARA INTERPONER RECURSOS. MÁS INFORMACIÓN AL DIA PROCESAL PÁGS. 9 Y 10.

completa y acorde con la labor que vienen desempeñando los Magistrados que conforman estas redes. A esta materia se dedicará el Título II del presente Reglamento, con el objetivo no sólo de dotar de garantías y seguridad jurídica a la actuación de las redes, sino también de articularlas como herramientas clave al servicio de la carrera Judicial. Por otra parte, se ha aprovechado la nueva reglamentación para regular el proceso de selección de los miembros de las redes de cooperación judicial internacional pertenecientes a la carrera judicial, a los que se refiere el artículo 33 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.

En este sentido, el fortalecimiento de las redes es un objetivo prioritario del Consejo General del Poder Judicial, así como su adecuada coordinación con los órganos técnicos de este órgano a través de su Servicio de Relaciones Internacionales. Se regula así, no sólo la selección y nombramiento de los jueces y magistrados que las conforman, sino también la incidencia de su actividad en los módulos de productividad, su formación, su régimen de incompatibilidades y las causas de su cese.

El Título III está dedicado al registro y reparto de las solicitudes de cooperación judicial internacional pasiva, donde se procede a integrar, con las adaptaciones necesarias, lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento 2/2010 sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales, motivo por el cual se deroga el citado artículo. El reparto se realizará a la mayor brevedad y, en todo caso, antes de tres días, al órgano jurisdiccional con competencia para su ejecución o a la autoridad que corresponda, bien sea el Ministerio Fiscal, bien sea la Autoridad Central.

Jurisprudencia

PRESUPUESTOS PROCESALES EL SUPREMO SUBRAYA LA NECESIDAD DE COMPROBAR LOS PRESUPUESTOS PROCESALES, EN ESPECIAL SOBRE LA CUANTÍA LEGAL PARA INTERPONER RECURSOS

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 09-10-2018

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Los antecedentes de este caso se remiten a la demanda de juicio ordinario contra una sociedad mercantil. La demanda se interpuso con el fundamento del incumplimiento del contrato entre dos sociedades mercantiles de productos petrolíferos con respecto al suministro del producto y el respeto de la imagen instalada. A su vez, se solicitaba la declaración de resolución de un contrato para ordenar el desahucio y la entrega de posesión del establecimiento y una indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia en Madrid dictó sentencia, estimando a favor de la demanda, condenando a la acusada de lo solicitado por la sociedad demandante.

Esta sentencia fue recurrida por casación ante la Audiencia provincial de Madrid que dictó sentencia en la que se desestimaba el recurso interpuesto por la sociedad demandada y, por ende, confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

El procurador de esta sociedad ha considerado que se ha cometido una infracción procesal. Sus fundamentos se basan en la infracción del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro, también interpuso el recurso de casación basándose en la presuntamente infracción del artículo del 1.106 (en

relación con los artículos 1.101 y 1.124) del Código Civil, de la jurisprudencia recaída en torno al “lucro cesante” y de la infracción del artículo 81.1 y 2 del artículo 249 del Tratado CE.

La Sala decide rechazar ambos recursos considerándolos inadmisibles por razón de cuantía. Se destaca la regla 5ª de la Disposición Final Decimosexta LEC y el artículo 483.2.1º de la misma ley. Reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos».

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.casosreales.com Marginal: 70849808

AL DÍA SOCIAL

Jurisprudencia

INDEMNIZACIÓN FOGASA TAMBIÉN PUEDE INDEMNIZAR AL TRABAJADOR, AUNQUE HAYA UN ACTO DE CONCILIACIÓN PREVIO

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 18-09-2018

Se estima el recurso de casación para unificar la doctrina que se interpone ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La Sala se ha encargado de analizar el alcance del silencio administrativo positivo en los casos donde Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) asuma una responsabilidad extralimitada de lo previsto legalmente.

En los antecedentes de este caso encontramos que el recurrente llegó a un acuerdo conciliatorio extrajudicial con su empresa donde se reconocía el despido improcedente de este trabajador y le ofrecía una indemnización. La empresa incumple con este acuerdo no pagándole y como consecuencia el trabajador interpone una demanda en la que condenaba a la empleadora. Como esta no cumple, se dicta un auto de despacho de ejecución y posterior decreto de declaración de insolvencia empresarial.

Como resultado, el actor solicita a FOGASA una indemnización, pero esta se la deniega “la prestación al ser el acto de conciliación ante órgano administrativo un título ejecutivo insuficiente a los efectos de reclamar las prestaciones de garantía salarial”. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima la demanda y absuelve a FOGASA. Ante esto, el actor interpone un recurso de suplicación, a su vez desestimado.

La Sala analiza el alcance del silencio positivo, citando la STS/IV 30-11-2017: “(...) la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo”.

Por otro, también tiene en cuenta la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24 (sobre el silencio administrativo), el artículo 33 ET y los artículos 43.1, 2 y 3 de la Ley 30/92, entre otros.

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.casosreales.com Marginal: 70848908

SUBVENCIONES

Estatales

SE PUBLICA EL CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES

Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales. (Diario Oficial de la Unión Europea núm. 253, de 19 de julio de 2018)

SE MODIFICAN LAS SUBVENCIONES AL FOMENTO DEL ASOCIACIONISMO EN EL SECTOR PESQUERO

Real Decreto 862/2018, de 13 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 849/2017, de 22 de septiembre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones al fomento del asociacionismo, a entidades asociativas representativas del sector pesquero. (BOE núm. 170, de 14 de julio de 2018)

SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA LA OBTENCIÓN DE AVALES DE SOCIEDAD ANÓNIMA ESTATAL DE CAUCIÓN AGRARIA

Orden APM/358/2018, de 2 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones destinadas a la obtención de avales de la Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria, por titulares de explotaciones agrarias afectadas por la sequía de 2017 que garanticen préstamos para financiar sus explotaciones. (BOE núm. 84, de 6 de abril de 2018)

¡ATENCIÓN!



LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD SE INCLUYEN COMO EXENCIÓN DEL IRPF. MÁS INFORMACIÓN AL DIA FISCAL PÁGS. 6 Y 7.

Final de la convocatoria: La presentación de la solicitud de ayuda deberá tener lugar en el momento de presentación del documento de solicitud del aval ante SAECA

Autonómicas

SE APRUEBA LA LEY DE AYUDAS DE LA LOCALIDAD MURCIANA DE LORCA

Ley 8/2018, de 23 de julio, de ayudas de Lorca. (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 26 de julio de 2018)

SE CONCEDEN AYUDAS AL ALQUILER EN CANTABRIA

Decreto 4/2018, de 1 de febrero, por el que se aprueba la concesión de ayudas al pago del alquiler en Cantabria. (Boletín Oficial de Cantabria de 6 de febrero de 2018)

Final de la convocatoria: Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera, el plazo de admisión de solicitudes de calificación de alquiler protegido por parte de la Dirección General competente en materia de vivienda permanecerá abierto de forma continuada

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

Acepto que Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. me cargue en este número de cuenta los recibos correspondientes a la presente suscripción. IVA no incluido.

Doy mi consentimiento para que DIFUSION JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.L. proceda al tratamiento de mis datos personales para facilitar información sobre productos y servicios.

Puedes consultar nuestra política de privacidad en www.difusionjuridica.es Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. con domicilio en Paseo del Rey 22, 1, oficina 2ª, 28008, Madrid, le informa de que, tras haber obtenido su consentimiento, trata sus datos para enviarle comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Sus datos no se cederán a terceros. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, así como, en su caso, el derecho de portabilidad y limitación del tratamiento, recogidos en el RGPD (UE) 2016/679, dirigiendo su solicitud por escrito a Paseo del Rey 22, 1, oficina 2ª, 28008, Madrid, o bien enviando un correo electrónico a info@difusionjuridica.es bajo el asunto de Protección de Datos, acompañando en todo caso fotocopia de DNI o documento equivalente válido en derecho que acredite su identidad. En caso de que no se haya satisfecho el ejercicio de sus derechos puede presentar una reclamación ante la Autoridad de Control. Obtenga más información en www.agpd.es. En cumplimiento de lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, usted puede revocar en cualquier momento el consentimiento prestado de recibir comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes notificando dicho deseo al correo electrónico de info@difusionjuridica.es.

No deseo recibir comunicaciones a través de e-mail.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL SUPLETORIO (REM)



Mercè Caral. Socia del área de
Derecho Contencioso, Arbitraje y Derecho Civil de JAUSAS

SUMARIO

1. El REM legal supletorio en el Derecho Común Español
2. Los REM legales supletorios de las distintas Comunidades Autónomas con derecho propio especial o foral (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, Valencia y parte de la provincia de Vizcaya)
3. Las normas de conflicto

EN BREVE

El matrimonio, como institución que comporta una comunidad de vida entre los esposos, además de producir una serie de efectos y obligaciones personales entre los cónyuges, tiene importantes consecuencias y efectos económicos en el patrimonio e ingresos de los mismos que son esenciales tanto durante la vigencia del matrimonio como en el momento de su disolución. El matrimonio comporta la creación automática de una sociedad patrimonial con el fin de dar soporte económico a las necesidades familiares de los cónyuges y de los hijos. Para regular dichos efectos económicos del matrimonio se han ido creando y desarrollando los regímenes económicos matrimoniales.

El Código Civil español, manteniendo el principio de autonomía de la voluntad también en las cuestiones patrimoniales entre los esposos establece la libertad de pactos y plena disponibilidad para que los cónyuges puedan pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen económico que deseen.

No puede existir en nuestro derecho un matrimonio sin régimen económico, por lo que, en defecto de pacto, se aplicará el régimen económico legal supletorio que establezca cada comunidad autónoma, según las mismas estén sujetas a derecho especial o foral de dicha comunidad o a derecho civil común.

Existe libertad de cambiar el régimen económico matrimonial constante el matrimonio, pudiéndose hacer cualquier modificación al régimen pactado o bien cambiar de un régimen a otro siempre y cuando ambos esposos estén de acuerdo en dicho cambio y se respeten los derechos adquiridos por terceros.

El Código Civil español prevé para dar publicidad e informar a terceros del régimen económico del matrimonio su inscripción en el Registro Civil, fundamental para determinar el obligado al pago en caso de existir deudas. El art. 1333 del Código Civil señala que en toda inscripción de matrimonio deberá hacerse mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hayan otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si afectan a la titularidad de bienes inmuebles deberán constar en el Registro de la Propiedad.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL SUPLETORIO EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

El Código Civil español establece como régimen económico matrimonial supletorio, en ausencia de pacto o si las capitulaciones matrimoniales fueren ineficaces, el de la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales se regula en los artículos 1.344 y 1.410 del Código Civil y se puede definir como aquella sociedad por la cual se convierten en comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos y que, en el supuesto de disolución de la misma, serán repartidos entre los dos a partes iguales.

“Si los bienes privativos no fueran suficientes para satisfacer las obligaciones privativas de los cónyuges, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales”



Dicho régimen económico matrimonial empezará, en defecto de pacto, en el momento de la celebración del matrimonio o, en su caso, al tiempo de pactarse en capitulaciones.

El Código Civil distingue **entre bienes comunes y privativos**. Los bienes privativos son los que pertenecen de forma exclusiva a uno de los cónyuges. Cada cónyuge ostenta la propiedad única de sus bienes privativos, además

de la administración y disposición de ellos. El cónyuge no titular, no tiene intervención en la gestión y disposición de esos bienes, a no ser que el cónyuge titular le confiera algún poder.

SON BIENES PRIVATIVOS DE CADA CÓNYPUGE:

Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad
Los que adquiriera después por título gratuito
Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos
Los adquiridos por derechos de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges
Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos
El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o en sus bienes privativos
Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor
Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común
Los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho

SON BIENES GANANCIALES:

Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges
Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales
Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos
Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho
Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplica lo dispuesto en el art. 1354 C.C. que establece que corresponderán en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas

Se presumen gananciales aquellos bienes que existan en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges, según el art. 1.361 del C.C.

En cuanto a los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de naturaleza privativa.

La sentencia de 26 de junio de 2007 de la Sala de lo Civil del TS se pronuncia sobre la pertenencia o no a la sociedad de gananciales de algunas indemnizaciones:

- las **pensiones de jubilación** generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales es un bien de naturaleza privativa.
- la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa es un bien privativo pues se considera que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, posee una clara proyección de futuro y, en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales.

En relación a las **mejoras introducidas en los bienes gananciales y privativos (art. 1.359 del C.C.)**, tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del derecho al reembolso del valor satisfecho o incluso del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado, si las

“Si los esposos no tienen una ley personal común, se aplicará la ley personal o la de residencia habitual de uno de ellos elegida por los cónyuges en documento público otorgado antes de la celebración del matrimonio”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 9.2, 16.3, 1333, 1344, 1410, 1354, 1359, 1361
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. (Legislación. Marginal: 132059). Arts.; 183 a 270
- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. (Legislación. Marginal: 35071)
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (Legislación. Marginal: 110498). Arts.; 231-10, 232, 232-5 a 232-11
- Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. (Legislación. Marginal: 64436)
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. (Legislación. Marginal: 70544879). Arts.; 75 a 111
- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. (Legislación. Marginal: 389051). Arts.; 93 a 111
- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. (Legislación. Marginal: 6927222). Arts.; 125 a 146

mejoras hubieren sido satisfechas con bienes de la otra naturaleza.

En cuanto a los incrementos patrimoniales de empresas gananciales o privativas, se les aplicará las mismas reglas que a las mejoras.

En lo que concierne a las **cargas de la sociedad de gananciales**, si para atenderlas uno de los cónyuges hubiera aportado bienes propios, tiene derecho a ser reintegrado a cargo de la masa ganancial.

“Si no se otorgan capitulaciones matrimoniales; se deberá aplicar el régimen legal supletorio que corresponda a la ley personal común que tengan los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, determinada por la nacionalidad y, siendo ambos cónyuges españoles, además, por la “vecindad civil”, que permite determinar cuál de las diferentes leyes españolas debe aplicarse”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de abril de 2016, núm. 28/2016, N° Rec. 0/0, (Marginal: 70422440)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2007, núm. 0/0, N° Rec. 2264/2006, (Marginal: 1372413)



A su vez, si los bienes privativos no fueran suficientes para satisfacer las obligaciones privativas de los cónyuges, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales.

La gestión y la administración de la sociedad de gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, pudiendo intervenir el juez en el caso de que uno de los cónyuges se negara injustificadamente o estuviera impedido para prestar su consentimiento al otro. Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, salvo que se trate de liberalidades de uso.

También se contempla en el Código Civil Español en la sociedad de gananciales el **deber de información** entre los cónyuges que deberán informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.

Por último, mencionar que cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

– **Los Regímenes económico-matrimoniales supletorios de las distintas Comunidades Autónomas con derecho civil propio especial o foral**

Aragón

En Aragón el régimen económico matrimonial se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges. En defecto de pactos sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlos regirán las normas del régimen legal supletorio, que es el **consorcio conyugal** regulado en el Título IV (arts. 183 a 270) del Libro Segundo del “Código de Derecho Foral de Aragón”, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo”.

De conformidad con el Código de Derecho Foral de Aragón:

- El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges.
- En defecto de pactos en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlos en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal regulado en el Título IV de este Libro.
- Quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable.

En consecuencia, **en defecto de pactos en capitulaciones, el régimen económico matrimonial será el Consorcio Conyugal regulado en los Art. 210-270 del citado Código. Para la aplicación del régimen de separación de bienes requiere su pacto expreso por las partes.**

Según las normas del **consorcio conyugal**:

- Son bienes comunes, los aportados por los cónyuges para que ingresen en el patrimonio común y los que les son donados por razón del matrimonio con carácter consorcial.
- Son bienes privativos los que pertenecieran a cada cónyuge antes de iniciarse el régimen y entre otros: los que, durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo, los adquiridos a título lucrativo, los bienes y derechos inherentes a la persona y los intransmisibles inter vivos mientras mantengan este carácter.

- Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse.
- Son deudas comunes, las derivadas de las necesidades para la atención de la familia y las particulares de cada cónyuge y en general toda deuda del marido o la mujer contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad.
- Son deudas privativas, las que cada cónyuge tiene con anterioridad al consorcio, las deudas y cargas por razón de sucesiones y donaciones, y las deudas contraídas por un cónyuge cuando no sean de cargo del patrimonio común.

Baleares

Según la Compilación de Derecho Civil Balear, en Mallorca y Menorca **el régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y a falta de ellas, el de separación de bienes.** En Ibiza y Formentera el régimen económico matrimonial será el convenido en capitulaciones matrimoniales, llamadas “*espolits*”, que podrán otorgarse antes o durante el matrimonio, necesariamente en escritura pública. En defecto de “*espolits*”, el matrimonio quedará sujeto también al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios.

Cataluña

El *régimen de separación de bienes* es el aplicable supletoriamente en Catalunya en ausencia de elección de régimen económico matrimonial por parte de las personas que van a contraer matrimonio o de los cónyuges (Artículo 231-10 y 232 del Código Civil de Catalunya). Según dicho régimen

cada cónyuge tiene la propiedad, disfrute y administración y libre disposición de sus bienes, con los límites que establece la Ley.

Por su parte, **el Código Civil de Cataluña establece en el régimen de separación de bienes el derecho a una compensación económica por razón del trabajo que nacerá el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, de tal forma que, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior.** La regulación relativa a la forma de pago, acciones a las que se encuentra facultado el perjudicado frente a actos en perjuicio del derecho a la compensación, así como el ejercicio del mencionado derecho, se contempla en el Código Civil de Cataluña en los artículos 232- 5 y siguientes.

Comunidad Valenciana

La regulación del régimen económico matrimonial valenciano sufrió una importante modificación a raíz de la Sentencia núm. 82 de fecha 28 abril de 2016 (RTC 2016/82) del Tribunal Constitucional, que declaró nula la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, reguladora del Régimen Económico Matrimonial Valenciano, en vigor desde el 25 de abril de 2008 y su reforma establecida por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre. De conformidad con dicha ley anulada, el régimen económico matrimonial valenciano era acordado por los cónyuges con total y entera libertad en la *carta de nupcias* otorgada por ellos a este efecto, sin otras limitaciones que las establecidas en dicha ley. A falta de carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales o cuando

estas fuesen ineficaces, el régimen económico aplicable era el de separación de bienes, sin que la celebración del matrimonio tuviera otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Por tanto, **si un matrimonio se celebró antes del 1 de julio de 2008 y no se otorgaron capitulaciones matrimoniales, quedó sometido al régimen económico de la sociedad de gananciales prevista en el Código civil español.**

Los celebrados entre el 1 de julio de 2008 y 31 de mayo de 2016, sin haber otorgado capítulos matrimoniales, están sujetos al régimen legal valenciano de separación de bienes.

Y finalmente, declarada la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley reguladora del Régimen Económico Matrimonial Valenciano, los matrimonios celebrados a partir del 1 de junio de 2016 quedan sujetos al régimen de gananciales previsto en las disposiciones de Derecho común.

Navarra

El régimen matrimonial navarro también se basa en la libertad de pacto y, a falta de pacto, se aplicará al matrimonio la **sociedad legal de conquistas**, regulada en los artículos 75 a 111 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1 de marzo de 1973).

La Ley 75 de la citada Compilación, establece la siguiente regla: “*En la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, costumbres y Leyes se observará el principio fundamental de la unidad de la Casa y de sus explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales, así como el de su continuidad y conservación en la familia.*”

La sociedad legal de conquistas es una comunidad limitada a las adquisiciones que se realicen a título oneroso constante matrimonio. En la Compilación se señalan los bienes que se hacen comunes (bienes de conquista) y los bienes privativos de cada cónyuge, estableciéndose la presunción de bienes de conquista de aquellos cuya pertenencia privativa no conste, siendo su regulación de forma muy similar al régimen de gananciales previsto en el Código Civil Español.

Galicia

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, dedica varios artículos al **régimen económico del matrimonio** en el Título IX, de contenido similar al Código Civil. Así el artículo 171 señala que “*el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales*”.

Vizcaya

El **régimen económico matrimonial** de Vizcaya, viene regulado en los artículos 125 a 146 de la ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. El régimen será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración. A falta de pacto, el régimen económico legal supletorio es el de **comunicación foral** de bienes, aplicable a:

- Los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o,
- A falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmedia-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- CARLOS VAZQUEZ IRUZUBIETA. *Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio: interpretación básica, jurisprudencia, formularios*. Ed. Dijusa
- RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. *Régimen Económico Matrimonial*. Ed. Comares

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- VEGA SALA, FRANCISCO. *Los distintos Regímenes Económico Matrimoniales existentes en España y la Fiscalidad de la Disolución de los Mismos (1ª Parte)*. Octubre – 2011. Economist&Jurist N° 154 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *Capitulaciones matrimoniales ¿hasta dónde llega la voluntad de pactos?* Febrero 2009. Economist&Jurist N° 127 (www.economistjurist.es)

tamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y,

- A falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio.

En virtud de la **comunicación foral** se harán comunes, por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen.

En la comunicación foral, **la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de cada uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y bienes privativos.**

Los actos de disposición de bienes requerirán del consentimiento de ambos cónyuges y, en su defecto, autorización judicial. No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular.

En cuanto a los actos de administración, la de los bienes ganados corresponderá conjuntamente a ambos cónyuges y corresponderá en exclusiva a cada cónyuge la de los bienes procedentes de cada uno de los cónyuges.

NORMAS DE CONFLICTO

Los efectos del matrimonio y por tanto su régimen económico matrimonial, en caso de ausencia de capítulos matrimoniales, se rige por la ley nacional común en el momento de contraer matrimonio. Pero ¿qué ocurre cuando los esposos no otorgan capítulos matrimoniales y no poseen vecindad civil común al momento de contraer matrimonio?

Hemos visto que el Código Civil reconoce la libertad de que cada matrimonio se regule por el régimen económico matrimonial que decidan, mediante capitulaciones matrimoniales; pero si éstas no se otorgan se deberá aplicar el régimen legal supletorio correspondiente a

la ley personal común que tengan los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, determinada por la nacionalidad y, siendo ambos cónyuges españoles, además, por la “vecindad civil”, que permite determinar cuál de las diferentes leyes españolas debe aplicarse. Si los esposos no se tiene una ley personal común, se aplicará la ley personal o la de residencia habitual de uno de ellos elegida por los cónyuges en documento público otorgado antes de la celebración del matrimonio. Y en defecto de dicha elección en documento público, se aplicará la ley de la residencia habitual común posterior al matrimonio y, en defecto de esta, se aplicará la del lugar de celebración del matrimonio, de conformidad con el art. 9.2 y el art. 16.3 del Código Civil. ■



CONCLUSIONES

- Habida cuenta los efectos que el matrimonio produce en la economía de los cónyuges es importante y muy aconsejable que los mismos los conozcan y sepan que pueden decidir libre y conjuntamente entre ambos el régimen económico matrimonial que les habrá de ser de aplicación durante la vigencia y en el momento de disolución de su matrimonio. Asimismo, es importante que los esposos sepan también que, en el supuesto en que no pacten expresamente capitulaciones matrimoniales para decidir dicho régimen, les será de aplicación el régimen legal matrimonial supletorio que corresponda a su ley personal común y en el supuesto de no existir ésta -situación que ocurre con mucha frecuencia en la actualidad-, la que les sea de aplicación según las normas de conflicto expuestas en el anterior apartado. Por tanto, para evitar problemas de futuro es aconsejable que sin rubor alguno quede elegida mediante pacto otorgado en documento público, la ley que les será de aplicación, y si lo desean, que otorguen capítulos matrimoniales

CÓMO CONSEGUIR LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR POR UNA PERSONA DISTINTA A SUS PROGENITORES



Olga Ávila. Abogada del departamento de Civil de Medina Cuadros

SUMARIO

1. Demandante solicita guarda y custodia de menor
2. Recurso de Apelación
3. Recurso ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
4. Posibilidad para solicitar guarda y custodia de menor por familiar

EN BREVE

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia número 492/2018, atribuye la guarda y custodia de una menor a su tía paterna, que se hizo cargo de ella antes del fallecimiento de su madre en 2012. Este Auto establece también un régimen de visitas progresivo a favor del padre, para permitir que la niña se adapte a su entorno y poder valorar más adelante si recupera la custodia.

En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre.

Se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores.

1. En temas de familia siempre prevalece el interés del menor, pero en este caso el Tribunal Supremo nos deja muy claro que está siempre por encima, incluso de la paternidad. Prueba de ello es una Sentencia dictada hace solo unos días por el Tribunal Supremo (TS) en el caso de una niña de Granada cuya madre murió. Su padre es, por tanto, el único progenitor vivo, pero el Alto Tribunal considera que la custodia de la menor debe tenerla la hermana de este, es decir, su tía paterna, al ser ella la persona que se hizo cargo de la pequeña antes incluso del fallecimiento de su madre.

La demandante, tía paterna, solicitó la guarda y custodia de su sobrina de cinco años de edad, hija de su hermano y de la esposa de este que había fallecido, argumentando que, durante la enfermedad de la madre, ella fue la que se hizo cargo de ella y por lo tanto debe encargarse de su guarda y custodia en principio, ya que la menor está acostumbrada a su tía que la ha estado cuidando y educando durante el largo periodo de tiempo de la enfermedad de la madre fallecida.

El padre desde el inicio se opuso a las pretensiones de su hermana, alegando

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Art.; 103

“Se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores”



“En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 2018, núm. 492/2018, N° Rec. 4860/2017, (Marginal: 70848289)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 13 de octubre de 2017.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Motril de fecha 4 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de fecha 10 de mayo de 2015, num. 81/2015, N° Rec. 80/2015 (Marginal: 69590619)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 26 de junio de 2013, num. 134/2014, N° Rec. 204/2014 (Marginal: 69316668)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 17 de junio de 2013, num. 579/2011, N° Rec. 4350/2010 (Marginal: 2310802)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, núm. 257/2013, N° Rec. 2525/2011, (Marginal: 2426532)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2012, núm. 43/2012, N° Rec. 1269/2010, (Marginal: 2377502)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 29 de mayo de 2002, núm. 374/2014, N° Rec. 368/2014, (Marginal: 69273095)

entre otros argumentos que nunca se había desentendido de su hija y que estaba en perfectas condiciones de hacerse cargo de esta niña.

El Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Motril en Sentencia del 4 de noviembre de 2016 estimó la demanda de la tía de la menor concediéndole

la guarda y custodia de la sobrina y acordando que el padre le abonara una pensión alimenticia en favor de la niña de 300€ mensuales. La Sentencia además, establecía un régimen de visitas progresivo en favor del padre para valorar en el futuro una convivencia del progenitor con su hija.

2. Contra la Sentencia dictada en primera instancia, el padre interpuso un Recurso de Apelación, resuelto por la Audiencia Provincial de Granada en Resolución del 13 de octubre de 2017, por la cual se revocó la anterior y otorgó al padre la guarda y custodia de la menor una vez finalizado el curso escolar.

Esta nueva Sentencia **se fundamentaba en que el padre no estaba privado de la patria potestad y descartaba que fuera de aplicación el artículo 103 del Código Civil, que, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio permite, excepcionalmente, que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas.**

El argumento de la Sentencia **determina que la guarda y custodia la debía ostentar el único progenitor vivo al haber fallecido la madre.** El Tribunal Provincial descartó que existiese riesgo alguno para la niña y consideró que se había constatado que el padre tenía “habilidades y aptitudes” para tenerla consigo, aunque durante el último año se hubiera producido una falta de relación “envuelta en el conflicto que le enfrenta con su hermana”.

3. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cambio no comparte el criterio de la Sentencia recurrida puesto que, por un lado, prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con el desarrollo integral de la menor y la incidencia que va a suponer la recuperación de la custodia por el padre.

Teniendo en cuenta la edad de la menor, 5 años, siendo esta una etapa clave en el desarrollo, madurez y educación de los niños, hay que incidir en su evolución a nivel efectivo y emocional. **El establecimiento de los vínculos afectivos resulta de vital importancia, ya que esta parte fundamental de su desarrollo actúa como motor o estímulo en la integridad del niño, lo que favorece la adquisición de conductas sociales, capacidades cognitivas, normas morales, etc.** En un ambiente basado en la seguridad y el afecto, el niño desarrollará mejor la actividad intelectual, ya que ambas competencias, emocional e intelectual, se encuentran estrechamente relacionadas.

La menor ha tenido durante todo este tiempo, y sigue teniendo, un entorno estable y seguro con su tía, lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre, según indica el Tribunal, se constata la falta de capacidad del progenitor supérstite para atender adecuadamente a la niña por varios motivos: su edad, su trabajo y las demás cargas familiares.

La Sala asegura que los derechos del padre están debidamente protegidos con las visitas y comunicaciones, a partir del régimen progresivo fijado y que está dirigido a la plena adaptación de la hija al entorno paterno y a acordar, en su momento el posible reintegro bajo la custodia del padre.

El interés de la menor no crea ni extingue por sí solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurar determinadas situaciones, como la planteada en este caso, “teniendo en cuenta que la regulación de los deberes y las facultades que configuran la patria potestad está pensada y orientada en beneficio de los hijos, y que, en estos momentos, quien la ostenta en exclusiva, por el fallecimiento de la madre, no

está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija”.

El Alto Tribunal resalta que convivir con su tía “sigue siendo muy beneficioso” para la niña, pues esta familiar aparece como su principal referencia, lo que aconseja a continuar con su mantenimiento, pues es la persona que ha sustituido a la madre durante su enfermedad y tras su fallecimiento, aportándole a la menor un entorno estable que en esta edad tanto necesitan los niños y sobre todo en situaciones de gravedad como es el caso que nos ocupa ya que la percepción sensorial de los menores involucrados en procedimientos de este tipo debe ser la más positiva que del entorno se pueda percibir.

Y es que, si se cumpliera con lo dispuesto por la Audiencia, se dejaría a la menor expuesta a incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable, a partir de una mayor relación del padre con la hija, que se debe propiciar. En ningún caso se puede referenciar a una fecha determinada, dando por supuesto que transcurrido un periodo transitorio las cosas serán de otra manera.

Se debe llevar a cabo un régimen de visitas “progresivo” a favor del padre para evaluar si recupera la custodia, poco a poco la menor debe adaptarse a su nuevo entorno y así llegar a tener una vida emocionalmente estable y normalizada. El padre a la vez también deberá adecuar su vida a las circunstancias sobrevenidas e ir formando vínculos afectivos con la menor, ampliando cada vez más las visitas hasta alcanzar un régimen normalizado.

4. **En nuestro derecho existe la posibilidad de pedir la guarda y custodia por un familiar, es decir, se puede solicitar la custodia por un tercero que no sea progenitor de los menores, pero es indispensable acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privándole de ella al padre.**

En el otorgamiento de la custodia de un menor a una persona distinta a sus progenitores, si bien la situación personal y económica de estos es importante, no es determinante. Sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno



familiar y la capacidad de cada uno para asumir estos menesteres, siendo estas circunstancias las que van a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor. De esta manera, se otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a personas distintas a los progenitores.

Los abuelos, parientes y allegados podrán solicitar guarda y custodia de los menores, las cuales se fijarán siempre en interés del menor y, por tanto, en función de lo que se acredite a ese respecto, es importante que los motivos estén cargados de suma importancia afectando al menor. Solo en situaciones extremas los familiares tomarán la decisión de iniciar procesos de esta envergadura pues no se puede tomar a la ligera esta actuación. Ante todo, lo que se quiere es que los niños crezcan en un entorno lo más beneficioso posible.

En este artículo estamos analizando una custodia 'excepcional' de un menor, y debe quedar claro que no cabe solicitar la guarda y custodia por persona distinta

a los progenitores por capricho o desacuerdo, los menores tienen que vivir en un entorno estable y positivo y esa situación normalmente se va a encontrar en su núcleo familiar más cercano, que le proporcionará las capacidades y lazos emocionales indispensables para desarrollar su madurez y personalidad en plenitud de condiciones.

Siempre hay que actuar con cautela cuando hablamos de niños pues una decisión equivocada puede llevar a actuaciones desproporcionadas y problemas emocionales y afectivos en el futuro, haciendo un daño irreparable que dará lugar a adultos con pensamientos equívocos sujetos a patrones de conducta difíciles de eliminar.

En cuanto a las circunstancias que han de darse para proceder a otorgar la custodia de un menor a persona distinta a sus progenitores, afirma una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (29.05.2002) que, si bien la situación personal y económica de éstos es importante, no es determinante; sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno familiar y la capacidad de cada uno para asumir estos menesteres, siendo

estas circunstancias las que van a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor. De esta manera, otorga un especial valor a la ausencia de convivencia con los padres para conceder la guarda y custodia a los abuelos, fijando, eso sí, un amplio régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial.

La jurisprudencia de nuestros tribunales contempla la posibilidad de privación desde la perspectiva del interés del menor. Hacemos referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012: Se trataba del caso de una menor cuya guarda y custodia fue atribuida a la madre al poco de nacer. El padre tan solo se comunicó con su hija al nacer y no volvió a verla pese al fallecimiento de su madre cuando contaba con cinco años. Los abuelos se hicieron cargo de ella y fue su tío materno quien pidió la constitución de tutela, a la que el padre se opuso. Es en este momento cuando el padre de la menor interpuso demanda para regular las relaciones paterno-filiales, oponiéndose a ello los abuelos y tíos maternos quienes solicitaron del juzgado la privación de la patria potestad

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO. *Persona y Familia. Estudios de Derecho Civil y Catalán*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- URBÓN LLACA, ÁNGELA. *Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos*. Octubre 2016. *Economist&Jurist* N° 204 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *De las relaciones con los hijos cuando los progenitores no conviven*. Mayo 2011. *Economist&Jurist* N° 150 (www.economistjurist.es)

y subsidiariamente la suspensión por falta de atención a la menor.

El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda presentada por los abuelos y tíos acordando la privación de la patria potestad, la tutela de la menor y un régimen de comunicación con el padre muy restrictivo y con un periodo progresivo de adaptación. El juzgador fundó la decisión en la falta de relación con la niña, la falta de colaboración en su manutención y en no haberla asistido “ni siquiera en un momento tan delicado como es la muerte de su madre”. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid entiende que en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo la patria potestad está concebida en beneficio de los hijos y que las limitaciones al ejercicio deben ser acordes al principio de protección del interés del menor. Dispone la Audiencia que la privación ha de reputarse excepcional por su gravedad y “aplicarse únicamente en casos extremos”, de modo que “venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor”. Y hace referencia a la **interpretación restrictiva que nuestro Tribunal Supremo hace del artículo 170 del código civil, que la concibe como una norma sancionadora, que en su aplicación al caso concreto exige que “aparezca plenamente probado que el progenitor, al**

“Los abuelos, parientes y allegados podrán solicitar guarda y custodia de los menores, las cuales se fijarán siempre en interés del menor y, por tanto, en función de lo que se acredite a ese respecto, es importante que los motivos estén cargados de suma importancia afectando al menor”

que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma”.

En cuanto al régimen de guarda y custodia, nuestro alto tribunal ha venido a decir que el interés de la menor prima sobre el de los progenitores. En efecto, en la sentencia de 29 de abril de 2013, afirma que los criterios seguidos para determinar la oportunidad de acordar la guarda y custodia compartida deben atender al interés del menor, y en consecuencia así debe ser interpretado el art. 92 de nuestro Código Civil. La Audiencia Provincial de Segovia, en su Sentencia de 26 de junio de 2013 sostiene que la interpretación de los art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores afectados, aunque en la práctica este sistema de custodia pueda ser más complejo que cuando los progenitores conviven. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de

17 de junio de 2013 señala que la modificación del régimen de custodia requiere de un cambio en las circunstancias que lo haga conveniente y siempre en interés del menor. La Audiencia Provincial de Zamora por su parte en la Sentencia de 26 de abril de 2011 hace hincapié en el “interés superior del niño”.

Los parientes de los menores que quieran solicitar por vía judicial la guarda y custodia de los menores se regulara por el Código Civil expresamente en el punto dos del número uno del artículo 103 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 42/2003, del 21 de noviembre, donde se indica que “excepcionalmente, los hijos podrían ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que la consintieren y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. ■

CONCLUSIONES

- En asuntos de familia, siempre prevalece el interés del menor por encima de todo. Los abuelos o parientes más allegados pueden solicitar su guarda y custodia cuando quede probado que la relación paterno filial presenta déficits importantes para el desarrollo emocional e intelectual del menor
- Es este el caso que nos ocupa, una menor de 5 años para quién su tía, hermana de su padre solicitó la guarda y custodia después de fallecer su madre, el Tribunal Supremo se la concedió tras haber probado que la menor había establecido unos vínculos afectivos y emocionales beneficiosos que no tenía con su padre, al cual y por medio de esta Sentencia se le reconocen sus derechos como padre y se establecen un régimen de visitas para recuperar la relación y conseguir en un futuro que la menor pueda convivir con su padre supérstite

CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA: ¿POR QUÉ SON NECESARIOS?



Elena Crespo Lorenzo. Socia de Bressers Law.
Responsable del Departamento de Derecho de Familia.

SUMARIO

1. ¿Qué son las capitulaciones matrimoniales?
2. Encaje legal: ¿Qué dice la jurisprudencia?
3. ¿Qué pueden incluir (y qué no) estos pactos?
4. ¿Cómo se tramitan?

EN BREVE

Las capitulaciones matrimoniales son pactos cada vez más frecuentes que regulan las condiciones del matrimonio y de su posible ruptura

Se trata de un trámite económico que permite solventar posibles problemas en el futuro y reducir fricciones e incertidumbre en la pareja.

Tomar la decisión de contraer matrimonio implica la toma de otras decisiones importantes para definir cómo se registrará la vida en común de la pareja, y ello toca también el plano económico. Es importante asesorarse siempre y en cualquier caso por un abogado antes de dar el paso, para que ambas partes tengan claras las implicaciones de la unión de cara a su patrimonio. Además, pueden llevarse a cabo acuerdos concretos que permiten fijar, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio y

otras disposiciones relacionadas con éste (con ciertos límites), a través de las llamadas capitulaciones matrimoniales, así como pactos en previsión de ruptura, que regulan las consecuencias de una posible separación o divorcio de la pareja antes de que se produzca.

En este artículo analizamos qué son y cómo funcionan en España las capitulaciones matrimoniales, teniendo en cuenta que existen diferencias en función de en qué comunidad autónoma nos encontremos.

¿QUÉ SON LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA?

Como punto de partida, en general decimos que **las capitulaciones matrimoniales son acuerdos celebrados antes, en el acto de contraer matrimonio o después de éste, con el fin de regular el régimen económico de su matrimonio o, en general, cualquier otra disposición relacionada, con ciertos límites.** Este instrumento se ha convertido en una herramienta clave (y cada vez más utilizada) para cualquier matrimonio, especialmente si hablamos de grandes patrimonios. De esta forma, es fácil prever qué consecuencias tendría una posible separación o divorcio, y de qué forma estará gestionado el patrimonio en la pareja.

Llevar a cabo este trámite no debe concebirse, en contra de lo que suele pensarse, como algo incómodo o fruto de la desconfianza: **se trata de que**

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 66, 81, 86, 44 a 48, 90.2, 1261, 1315 a 1324, 1325.
- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Arts.; 9.3, 32.1, 39.

“Es importante tener en cuenta que, al firmar las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio, éste deberá celebrarse antes de un año desde la firma de la escritura pública de capitulaciones, y el régimen económico elegido entrará en vigor tras el matrimonio”

“Las capitulaciones matrimoniales sirven para fijar el régimen económico del matrimonio y adoptar otras medidas de carácter patrimonial, aunque suelen tener un contenido meramente patrimonial, nada impide que contengan también pactos de previsión de ruptura: el artículo 1.325 del Código Civil”

ambas partes se sientan cómodas con las implicaciones de la decisión de llevar a cabo una vida juntos.

De otro lado, siempre es mejor negociar de forma amistosa el régimen matrimonial que intentar alcanzar acuerdos en un momento de conflicto, por lo que anticiparse a posibles situaciones futuras menos favorables es siempre una decisión inteligente. Se trata de aportar tranquilidad, y también de evitar rencillas económicas que puedan dificultar la relación más adelante.

ENCAJE LEGAL: ¿QUÉ DICE LA JURISPRUDENCIA?

En cuanto a su encaje legal, cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo da plena validez a estos pactos, siempre que cumplan con las disposiciones legales que marca la ley y, en concreto, con el artículo 1261 del Código Civil. Así, encontramos, por ejemplo, la STS con fecha de 31 de marzo de 2011, que señala lo siguiente:

“Esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) El consentimiento de ambos cónyuges contratantes (...); b) El objeto del contrato; y c) La causa de la obligación establecida”, sin importar que en éste sólo se genere una obligación para una de las partes.

También citamos la STS de 24 de junio de 2015, que asegura que:

“No existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2015, núm. 392/2015, N° Rec. 2392/2013, (Marginal: 69555493)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de marzo de 2011, núm. 217/2011, N° Rec. 807/2007, (Marginal: 2297324)



a la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

Esta sentencia señala, además, que *“en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando, la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges”*. Una cuestión que, como recuerda el alto tribunal, ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a pactos prematrimoniales previsores de crisis conyugal en las respectivas normativas catalana y valenciana.

Por otro lado, hay que resaltar que existen límites a la libertad de estos pactos, a pesar de que la autonomía de la voluntad sea cada vez más fuerte en el ámbito del Derecho de Familia. La normativa autonómica es aún escasa en cuanto a las previsiones que pueden pactarse y las que no, aunque la jurisprudencia viene supliendo ese vacío a través de sus pronunciamientos.

Podemos decir que actúan como límites el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio que recoge el artículo 32.1 CE, así como el principio de protección integral de la familia y los hijos (artículo 39 CE) y el de seguridad jurídica (9.3 CE). También cabe citar las normas imperativas relativas a los deberes y derechos de los cónyuges del artículo 66 del Código Civil, las del sistema no causal de separación o divorcio (artículos 81 y 86 de la misma

norma), las relacionadas con el régimen económico matrimonial primario (1.315 y ss.), las relativas a la constitución del matrimonio (artículo 44 y ss.) o los límites que imponen las normas de orden público respecto a las relaciones paterno-filiales (irrenunciabilidad de la patria potestad, de la custodia de los hijos comunes o de los alimentos).

Todos estos preceptos se imponen a la autonomía de la voluntad de las partes, protegiendo el derecho de familia y marcando los límites de dicha autonomía a la hora de alcanzar un pacto.

¿QUÉ PUEDEN INCLUIR (Y QUÉ NO) ESTOS PACTOS?

Las capitulaciones matrimoniales sirven (aunque no exclusivamente) para fijar el régimen económico del matrimonio y adoptar otras medidas de carácter patrimonial. Aunque suelen tener un contenido meramente patrimonial, nada impide que contengan también pactos de previsión de ruptura: el artículo 1.325 del Código Civil, en concreto, permite que se incluyan “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio” además de los aspectos relativos al régimen matrimonial.

Por ejemplo, en el caso de Cataluña, el régimen matrimonial que se aplica por defecto es el de separación de bienes, al contrario de lo que ocurre en prácticamente el resto de España, donde se aplica el régimen de gananciales salvo que se pacte lo contrario. Más allá de la elección del régimen económico, se puede adaptar el acuerdo a lo que las partes deseen. Por ejemplo, pueden incluirse donaciones de los padres de la pareja a éstos o pactos en previsión de crisis del matrimonio.

Estos son los casos más habituales, más allá de la mera elección del régimen matrimonial:

Pactos de liquidación

Se trata de adelantarse a una posible ruptura y fijar pactos de liquidación o reparto de los bienes comunes.

Determinación de si un bien es ganancial o privativo

Se trata de señalar claramente si un bien adquirido o del que ya dispongan pertenece a la pareja o a una sola de las partes, para evitar dudas en el futuro.

Regular el régimen de custodia de los hijos en común

Se trata de pactar los requisitos en base a los cuáles la custodia iría en favor de uno u otro cónyuge, aunque no es válido pactar de antemano cómo se distribuiría la custodia. Esta decisión dependerá del momento y tendrá que validarla o tomarla (en función de si hay o no acuerdo entre las partes) un juez. Lo que procede es que, si los hijos comunes son menores de edad, el interés del menor prime sobre cualquier pacto alcanzado, por lo que lo estipulado en este sentido puede quedar sin efecto si el juez así lo considera. Con todo, sigue siendo un instrumento muy útil. Si el juez considera que el sistema de custodia ideado no es el que más conviene a los menores, podrá modificarlo.

Prestación compensatoria

Un pacto muy habitual suele ser una prestación compensatoria para uno de los cónyuges, en caso de separación o divorcio, así como las condiciones para que ésta se dé o quede sin efecto. Cabe recordar que la pensión compensatoria es aquella que recibe el cónyuge, por parte del otro cónyuge, al que la separación o el divorcio le haya producido una situación de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, es decir, que económicamente su situación ha em-

“Serán eficaces, siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato”

peorado respecto a la que tenía durante el matrimonio.

Por otro lado, es posible establecer pactos relacionados con los derechos y deberes conyugales (aunque con límites como, por ejemplo, la obligación de vivir juntos o de guardarse fidelidad, sin que puedan crearse nuevos deberes o excluir alguno de ellos), con respecto a la vivienda familiar... incluso con respecto a posibles indemnizaciones por incumplimiento del deber de fidelidad, aunque son menos frecuentes.

¿CÓMO SE TRAMITAN?

Las capitulaciones matrimoniales deben recogerse en un documento público, generando una escritura de capitulaciones, dado que contienen, por su naturaleza, pactos relativos al régimen económico matrimonial (también es clave hacerlo cuando existen donaciones entre cónyuges). Ésta se realiza ante notario, quedando recogidas en un documento público, pero es más que recomendable contar con el asesoramiento previo de un abogado.

Además, es posible cambiar lo pactado tantas veces como se desee, aunque lo habitual no es llevar a cabo cambios de este tipo más de una vez.

Es importante saber que sólo realizando una escritura pública de capitulaciones matrimoniales ante notario es posible cambiar de régimen económico. Además, puede hacerse en cualquier momento, no necesariamente en el momento de contraer matrimonio. Si se decidió no hacerlo en un primer momento, siempre hay tiempo para dar el paso más adelante. Eso sí, es imprescindible que ambas partes estén de acuerdo en llevar a cabo el cambio.

También es importante tener en cuenta que, al firmar las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio, éste deberá celebrarse antes de un año desde la firma de la escritura pública de capitulaciones, y el régimen económico elegido entrará en vigor tras el matrimonio. Si no se contrae matrimonio en ese plazo, el pacto quedará sin efecto. ■



Número de Protocolo....

CAPÍTULOS MATRIMONIALES

En la ciudad de , a

Ante mí, Notario del Ilustre Colegio de

COMPARECEN

Don , mayor de edad, con DNI , estado civil con profesión , vecindad civil..... ,

Y Doña , mayor de edad, con DNI..... , estado civil , vecindad civil , y con domicilio ambos en.....

Les identifico por su respectiva documentación exhibida.

Intervienen en nombre propio.

Tienen, a mi juicio, la capacidad legal necesaria para este acto y DICEN:

I. Que tienen proyectado contraer matrimonio el próximo día....., motivo por el que suscriben las presentes capitulaciones matrimoniales, con efectos a contar desde la celebración del matrimonio y con sujeción a las siguientes cláusulas:

1º.Los comparecientes acuerdan que al proyectado matrimonio se le aplique el régimen de comunidad de bienes regulado en los artículos 232.30 y siguientes de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

2º.Sin embargo, lo bienes privativos de cada cónyuge continuarán ostentando dicha condición y los cuales se describen a continuación:

A. D es propietario en régimen de nuda propiedad, de la vivienda sita en la ciudad de , calle número

Título: Adquirido por efectuada en virtud de escritura pública otorgada ante el Notario de , D. el día de de número protocolo

Datos Registrales: Está inscrita en el Registro de la Propiedad número de en el tomo , libro folio , finca

Referencia catastral:

Cargas: La referida finca se encuentra libre de cargas y gravámenes.

B. Don , es propietario del vehículo , marca , con número de bastidor

C. Don es titular de participaciones en la mercantil de responsabilidad limitada.

D. Doña..... es titular de la cuenta corriente nº de la entidad bancaria

E. Doña es propietaria del local sito en la ciudad de , calle número

Título: Adquirido por efectuada en virtud de escritura pública otorgada ante el Notario de , D. el día de de número protocolo

Datos Registrales: Está inscrita en el Registro de la Propiedad número de en el tomo , libro folio , finca

Referencia catastral:

Cargas: La referida finca se encuentra libre de cargas y gravámenes.

Los comparecientes mantendrán la administración individual sobre sus bienes privativos, debiendo responder con los mismos de las deudas que provengan de la tenencia de éstos.

A partir del otorgamiento de la presente escritura, las ganancias que se obtengan por cualquiera de los cónyuges, tendrán la condición de comunes, así como los bienes que se adquieran durante el matrimonio.

Los comparecientes administrarán los bienes comunes conjuntamente, o individualmente con el consentimiento del otro.

3°. Además, ambas partes de mutuo acuerdo establecen que en caso de divorcio Don.....pagará a Dña..... la cantidad de Mil Euros (1.000.-€) mensuales en concepto de prestación compensatoria durante la vigencia de cinco años desde que se dicte la sentencia de divorcio. Dicha cantidad será actualizada anualmente según el IPC u índice que lo sustituya. En caso de que Doña..contraiga matrimonio o conviva con otra persona, dicha prestación quedará extinguida.

4°. Los comparecientes responderán de los gastos familiares a partes iguales, entre ellos, y de manera solidaria, ante terceras personas.

Advierto yo, el Notario, de la necesidad de hacer constar estas capitulaciones en el correspondiente Registro Civil.

CLÁUSULA DE INFORMACIÓN DE DATOS

Se han hecho por mí, el Notario, las reservas y advertencias legales y, a efectos fiscales, advierto de las obligaciones y responsabilidades tributarias que incumben a la compareciente en su aspecto material, formal y sancionador, y de las consecuencias de toda índole que se derivarían de la inexactitud de su declaración.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, los comparecientes quedan informados y aceptan la incorporación de sus datos personales a los ficheros automatizados existentes en esta Notaría; datos que se conservarán en la misma, con carácter confidencial, al estar amparados por el secreto de protocolo, sin perjuicio de las remisiones de obligado cumplimiento impuestas por la normativa vigente.

Así lo otorgan y firman, previa lectura que de la presente les hago, advertidos de su derecho a leerla por sí, al que han renunciado.

Y Yo, el Notario, doy fe del total contenido de este instrumento público, de que el consentimiento ha sido libremente prestado, de que este otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los comparecientes, así como de que obra extendido en el presente folio y en otro de igual serie, número inmediato siguiente.

Están las firmas de los comparecientes. Signado, firmado y rubricado:(nombre y apellidos del Notario). Está en el sello de la Notaría.

CONCUERDA fielmente con su original a que me remito, y para Doña....., expido copia en dos folios de papel exclusivo para documentos notariales, números el presente y el siguiente en orden correlativo, que signo firmo, rubrico y sello, agregando un folio para la consignación de notas para los Registros y oficinas públicas.

En la ciudad defecha..... DOY FE

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO. *Persona y Familia. Estudios de Derecho Civil y Catalán*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.
- BARBERO TERESA, GALÁN, CRISTINA, PEÑA, EDUARDO Y GAJA, IRIS. *La nueva Ley del Divorcio*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *Capitulaciones matrimoniales ¿hasta dónde llega la voluntad de pactos?* Febrero 2009. *Economist&Jurist* N°127 (www.economistjurist.es)
- ROMERO, PEDRO MANUEL. *Hacia una previa, aunque futura configuración del Convenio Regulador*. Noviembre/diciembre 2000. *Economist&Jurist* N° 46 (www.economistjurist.es)
- RIERARIUS, JAUME. *El papel de la jurisprudencia en el Derecho Canónico*. Enero/febrero 2000. *Economist&Jurist* N° 41 (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- Por todo lo expuesto, podemos concluir que este tipo de pactos constituyen un método muy útil para salvaguardar los intereses de cada cónyuge durante el matrimonio y en el supuesto de acontecer una ruptura, a fin de evitar conflictos en un futuro y siendo recomendable estar asesorado por un abogado, a fin de establecer un acuerdo que, en un futuro, no pueda resultarnos perjudicial. Son evidentes los beneficios que supone realizar unas capitulaciones matrimoniales que incluyan un pacto en previsión de ruptura para evitar y, en su caso, hacer más llevadera una posible crisis matrimonial, al dejar preestablecido el régimen económico más conveniente para la pareja, así como los efectos de la ruptura, evitándose todos los dolores que implican las negociaciones ante un divorcio o separación

LA DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL



Diego de la Vega. Abogado de ECIJA

SUMARIO

1. Una cuestión política
2. La oportunidad de la directiva
3. La directiva e internet

EN BREVE

La frialdad con la que ha sido acogida la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital es más que evidente al repasar la prensa europea de los días 12 y 13 de septiembre de 2018. Aunque con aislados destellos de júbilo, resulta llamativo, por ejemplo, que el prestigioso semanario alemán “Der Spiegel” se avergüence de que el Parlamento Europeo “haya tomado como ejemplo la más disfuncional de las leyes alemanas relacionadas con Internet”, en alusión a la compensación equitativa establecida para los agregadores de contenido. Al otro lado del Atlántico, como explica el influyente “The Hollywood Reporter”, cunde la opinión de que, sentado el precedente del RGPD, la Unión Europea quiere nuevamente condicionar el funcionamiento global del Internet regulando el papel de los gigantes del sector. Se podría decir, en términos globales, que el debate ha pasado de un plano técnico a una descarnada batalla entre los partidarios de las industrias audiovisuales y los defensores acérrimos de la libertad de expresión.

A pesar del revuelo, la aprobación del texto del pasado día 12 de septiembre no es el final del camino, aunque cierra esta fase parlamentaria. Aunque el Parlamento Europeo ha incluido las relevantes en-

miendas que han sobrevivido hasta la versión final, el proyecto de Directiva se encuentra incurso en un proceso legislativo a tres bandas, por lo que todavía deberá pasar el filtro del Consejo, cuestión no menor dadas las fortísimas presiones de diversos grupos de poder que rodean a cualquier tema que se encuentre relacionado con los derechos de autor en la Unión Europea. Debe tenerse en cuenta, además, que este proyecto de directiva se encuentra inserto en un proyecto mucho más ambicioso como es el “Mercado Único Digital”, que es la gran apuesta de la “Comisión Junker”, de donde han nacido ya interesantes actos legislativos, entre otros, el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. El Mercado Único Digital debe entenderse como la fuente de todas las reformas relevantes en el campo de los derechos de autor, hasta el punto de que confesadamente en el proyecto de directiva se ha tenido en cuenta la relevante declaración de la Comisión bajo el título “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor”.

No obstante, la aprobación del texto que ha sido aprobado por el Parlamento Europeo supone el primer gran hito en la tramitación del texto desde la propuesta formulada por la Comisión en el año 2016. El siguiente ya será la versión definitiva, y que tendrá que ser transpuesta por nada menos que 28 leyes nacionales al no haberse utilizado la técnica del reglamento, lo que sin lugar a dudas provocará algunas disfuncionalidades entre Estados miembros. En todo caso, es evidente que la tramitación ante el Consejo puede llevar aparejadas algunas sorpresas, al carecer de la transparencia inherente a una tramitación de carácter parlamentario. No es ningún secreto que una parte relevante de los creadores de contenidos, así como ciertamente

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. (Legislación. Marginal: 70341505). Arts.; 5 a 8, 11, 13
- Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. (Legislación. Marginal: 70622879)
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. (Legislación. Marginal: 69941540)

“Su razón de ser se encuentra en varios puntos cardinales como son el funcionamiento adecuado del mercado interior la protección de los titulares de derechos y la incentivación de nuevos modelos de negocios nacidos al calor de la revolución tecnológica”



JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de septiembre de 2014, C-466/12, (Marginal: 70537852)



representantes de un sector amplio de lo que se suele denominar la industria están a favor de la propuesta de la directiva, convencidos de que con ella se pondrá coto a la difusión incontrolada de contenidos, al tiempo que se remunerará efectivamente a las empresas editoras de prensa, que ciertamente se encuentran en una agónica lucha por encontrar una solución que les asegure la supervivencia en la era digital.

Un buen ejemplo de ello es el apoyo cerrado que ha llegado desde la CISAC, la Confederación Internacional de Autores y Compositores, que agrupa a unos cuatro millones de creadores, para la que la nueva directiva es muy necesaria. *“A pesar de la campaña de desprestigio impulsada por las grandes empresas de tecnología, Europa ha servido de ejemplo para hacer justicia a los creadores en el mundo digital”*, ha llegado a declarar su Director General, Gadi Oron. Así, éstos apoyarían la defensa del proyecto de directiva realizada por quien ha sido ponente de la misma, Axel Voss, eurodiputado alemán del Partido Popular Europeo. Voss defendía en Twitter la nueva directiva después de la votación como el fin del robo en Internet, poniéndose del lado de creativos, artistas y periodistas.

En el lado contrario de ring se encuentra un grupo heterogéneo formado por usuarios temerosos del fin de Internet tal y como lo conocemos, con el que se amenazaría no sólo la difusión de contenidos de terceros en redes sociales, sino hasta los celeberrimos “memes”, lo que ha valido al proyecto de la directiva el poco acertado nombre de “ley anti-memes”, como si ese fuera el objetivo. Merodeando por las inmediaciones del ring se encontraría un selecto grupo de poderosas empresas muy pendientes de lo que suceda con la propuesta de directiva, en la medida en que de ellas depende una buena parte de la actividad diaria en la red, y que se alimenta de contenidos creados no sólo por sus usuarios, sino por terceros. Grupo de empresas que, por otra parte, tiene

gran interés controlar cualquier cambio que pueda suponer una merma de sus ingresos, en una situación parecida a la vivida, por ejemplo, en anteriores debates como el de la neutralidad de red. Un delicado triángulo en el que no es posible complacer a todos.

LA OPORTUNIDAD DE LA DIRECTIVA

No es ni mucho menos la primera vez que la Unión Europea legisla en el campo de los derechos de autor; **algunas directivas han sido realmente determinantes en el día a día de los ciudadanos europeos, y otras han servido como cimiento jurídico para desarrollos posteriores.** Entre otras, cabe señalar la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, nacida de forma paralela a la generalización de Internet en Europa, y que vino a proporcionar un marco jurídico uniforme en cuanto a los derechos de explotación y sus excepciones, pero que está diseñada con un enfoque que muestra claras insuficiencias para dar cabida a supuestos de hechos perfectamente cotidianos hoy pero no hace cerca de dos décadas.

Si se hace caso al propio proyecto de directiva, **su razón de ser se encuentra en varios puntos cardinales como son el funcionamiento adecuado del mercado interior** (que no debe perderse de vista que es uno de los propios ejes de la Unión Europea), **la protección de los titulares de derechos y la incentivación de nuevos modelos de negocios nacidos al calor de la revolución tecnológica.** Tanto que mediante una enmienda se ha querido dejar clara esta idea al afirmar que “la legislación al respecto debe estar preparada para el futuro,

de manera que no limite el desarrollo tecnológico”. Exactamente lo contrario de lo que afirman que pasará los detractores del proyecto de directiva.

En todo caso, el proyecto de directiva, cuyo texto no es especialmente largo, con independencia del alcance de su contenido, es un tanto heterogéneo. Así, con el objetivo de profundizar en la armonización de legislaciones en el campo del derecho de autor, y sin perjuicio de lo ya establecido en las anteriores directivas, lo que se busca ahora es una **adaptación del marco jurídico teniendo en cuenta “los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos”, y establecer nuevas excepciones y limitaciones, así como normas que rectifiquen los fallos del mercado de contenidos protegidos por derecho de autor.** Ya sólo las definiciones previstas en el artículo 2 dejan entrever dónde se encuentran los puntos más importantes de la directiva. Entre ellas cabe destacar la definición de “publicación de prensa”, que no se caracteriza por una gran precisión (“obras literarias de carácter periodístico”, “elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título”), y que parece dar demasiadas pistas sobre cómo los usuarios pueden tratar de esquivar su aplicación. Por otra parte, destaca también la definición de “proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea”, en la que destaca el concepto de carga de contenidos por parte de los usuarios. En concreto, se ha definido como “proveedor de un servicio de la sociedad de la información uno de cuyos fines principales sea almacenar y facilitar acceso al público a una cantidad considerable de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio optimiza y promociona con fines lucrativos”. Por tanto, como elementos fundamentales estarían la carga por los usuarios de contenidos

protegidos, el tratamiento por parte del servicio, y el fin lucrativo. No parece que la poca claridad de la definición se despeje con la apostilla posterior según la cual no se consideran proveedores, entre otros, las “enciclopedias en línea” o los servicios en la nube para uso particular. En todo caso, lo problemático no es sólo la propia definición, sino su integración en el resto del articulado, especialmente en los polémicos artículos 11 y 13, relativos a agregadores de contenidos y redes sociales.

La primera parte de la directiva se ocupa de una suerte de cuestiones diversas. En primer lugar, **de la minería de textos y datos, que quedaría reconocida a los organismos de investigación, en la medida en que ello afecta a las reproducciones y extracciones de obras protegidas por derecho de autor. En segundo lugar, se establece una excepción o limitación a los principios generales para autorizar el “uso digital” de obras con fines ilustrativos de enseñanza, siempre que no concurra un uso comercial.** Extraña definición habida cuenta de que la enseñanza también puede ser un negocio perfectamente lícito, y por tanto es difícil se antoja difícil distinguir el uso comercial que parece estar previendo la propuesta de directiva de lo que es meramente la contraprestación por un servicio educativo. Hubiera sido deseable una mayor claridad en este punto, pero no es el único requisito. Así pues, esta excepción tendría lugar en los locales de un centro de enseñanza, o gestionados por éste, o bien a través de un “entorno electrónico seguro”; por otra parte, tendría que ir acompañado siempre por la indicación de la fuente, y en todo caso con la inclusión del nombre del autor.

Los artículos 5 a 8, por su parte, **se refieren a la excepción destinada a las instituciones de patrimonio cultural según la cual podrán realizar reproducciones de las obras que se encuentren en sus colecciones con**

“Se establece una excepción o limitación a los principios generales para autorizar el “uso digital” de obras con fines ilustrativos de enseñanza, siempre que no concurra un uso comercial”

fines de conservación o incluso en los casos en los que se encuentren fuera del circuito comercial, en este caso siempre que los titulares de derechos puedan oponerse a que se considere que las obras están fuera del circuito comercial. Igualmente se regula el uso de dichas obras con carácter transfronterizo a través de un portal que será gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea.

LA DIRECTIVA E INTERNET

A nadie se le escapa que los aspectos nucleares de la nueva directiva pasan por dos puntos. En primer lugar, el establecimiento con carácter general de una compensación equitativa (“justa y proporcionada”) para las editoriales de publicaciones de prensa, y el nuevo papel que jugarán las redes sociales en el control del acceso a contenidos. Estas dos cuestiones y no otras son las que dan plenamente sentido a este proyecto de directiva, cuyos artículos 11 y 13 han centrado toda la atención como hacía

tiempo que no sucedía.

Por lo que se refiere al artículo 11, que ha sido matizado a través de enmiendas durante la tramitación parlamentaria, reconoce expresamente a las empresas editoriales de publicaciones de prensa como sujetos expresos de los derechos de explotación reconocidos en la Directiva 2001/29/CE. A consecuencia de lo anterior, se introdujo por enmienda un inciso 4bis para que los Estados aseguren que los autores “*reciban una parte adecuada de los ingresos adicionales obtenidos por las editoriales de prensa por la utilización de publicaciones de prensa por proveedores de servicios de la sociedad de la información*”. En otras palabras, **se reconoce el derecho de las editoras a la percepción de una remuneración equitativa al tiempo que se instituye la obligación de compartir dichos ingresos con los autores**. Nada menos. Experiencias negativas como la denominada “tasa Google” en España, o el caso alemán no hacen augurar, al menos en el corto plazo, un funcionamiento eficiente de este sis-

tema, ampliamente criticado por quienes han querido ver quizás exageradamente un ataque a la libertad de prensa. Como elementos esenciales hay que tener la ya citada conceptualización de la expresión “publicación de prensa”, que se define ahora como la fijación por editoriales o agencias de noticias (sin que se sepa, hasta ahora, quien decidirá quién lo es y quien no) de una colección de obras literarias de carácter periodístico (cuyos contornos no se definen), que también puede incluir otras obras o prestaciones y constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, publicada en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un proveedor de servicios, con exclusión de las de carácter científico o académico. Resulta curioso la ausencia de mención al ámbito digital en un artículo que está hecho teniendo en cuenta a servicios como Google News. Sí es cierto que buena parte de las críticas resultan infundadas en lo que se refiere a la aplicación práctica de este artículo, por cuanto de la tramitación ha nacido un inciso 2bis que aclara que “*los derechos a que se refiere el apartado 1 no se extenderán a simples hipervínculos que vayan acompañados de palabras sueltas*”. Por enigmática que parezca esta definición, y a salvo de cómo se produzca la transposición en las distintas leyes nacionales, parece que aquí puede haber una puerta para evitar la confusión entre servicios como Google News y otras páginas que sólo

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- BUGANZA, CARMENCHU Y GINÉS CASTELLET, NÚRIA. *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. JM Bosch Editor
- BALAGUÉ, CARMEN. *Formularios de propiedad intelectual*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad

enlazan sin ofrecer ningún componente editorial. Por otra parte, **debe tenerse en cuenta que en este supuesto como en otros es de aplicación la abundante jurisprudencia europea que interpreta las directivas, y señaladamente lo que se ha de entender por derechos de explotación y sus límites, y cómo el caso Svensson (TJUE C 466/12, aunque no sólo) condiciona fuertemente la actividad legislativa en este campo.**

Por otra parte, el artículo 13 recoge lo que para muchos es un triunfo de las industrias creativas frente al uso indiscriminado de obras de terceros. Aparte de fomentar el acuerdo entre proveedores de servicios de “intercambio de contenidos en línea” y los titulares de derechos (entiéndase como sus entidades de gestión), traslada a dichos prestadores una nueva responsabilidad de control *ex ante* sobre los contenidos cargados por los usuarios. El concepto no es nuevo, puesto que una idea similar es la que rige el funcionamiento de herramientas como Content ID, de Youtube. Ahora se hace con la siguiente redacción: “*en los casos en que los titulares de derechos no deseen celebrar acuerdos de licencias, los proveedores de*

“Se reconoce el derecho de las editoras a la percepción de una remuneración equitativa al tiempo que se instituye la obligación de compartir dichos ingresos con los autores”

servicios y los titulares deban cooperar de buena fe para garantizar que las obras o demás prestaciones protegidas no autorizadas no se encuentren disponibles dentro de sus servicios”. Esa garantía parece difícil de cumplir si no es a través de herramientas como la citada, lo que erige a los prestadores de servicios (en definitiva, a las redes sociales), como porteros de acceso a la compartición de contenidos en línea. Ya existe y no tiene nada novedoso la petición de retirada de materiales por diversas vías, pero ahora la novedad radica en que serán los prestadores quienes decidan si aceptan el material o si lo rechazan. En este **sentido la preocupación viene por la difícil distinción de los usos permitidos (amparados por excepciones o limitaciones) de aquellos usos verdaderamente ilícitos.** Aunque técnicamente es

posible identificar contenidos, lo que no está claro es que esas herramientas sean capaces de apreciar cuándo una reproducción es legítima o no. Y aquí es donde se ha querido ver el fin de los “memes”, cuestión poco relevante en relación al calado general de la directiva, pero muy gráfico para apreciar por qué se suscitan dudas. **Si a priori un “meme” es un acto de reproducción en toda regla (que necesitaría de autorización del titular), lo cierto es que le pueden ser de aplicación límites como el de parodia.** Todo ello, de nuevo, sin tener en cuenta que dicho artículo se tiene que adaptar no sólo a unas 28 normas de transposición, sino que además esas normas se adaptarán a sus respectivos marcos jurídicos, ya que el campo de las excepciones no está completamente armonizado. ■

CONCLUSIONES

- La nueva directiva debe entenderse nacida al calor del denominado “Mercado Único Digital”, como una de las más ambiciosas iniciativas relacionadas con el derecho de autor de la historia europea, sin perjuicio de las fases de procedimiento que aún debe atravesar
- Aunque la directiva reviste carácter técnico, lo cierto es que es el último producto de un profundo debate social desatado desde que Internet ha revolucionado la manera de acceder a contenidos
- Los puntos fundamentales se encuentran en los artículos 11 y 13, que regulan los derechos de las empresas editoras de prensa, así como el papel que jugarán las grandes empresas digitales en el control de contenidos

- EU-Parlament stimmt für Feenstaub: <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/eu-parlament-will-feenstaub-statt-upload-filter-kommentar-a-1227808.html>

- European Union Copyright Vote Too Close to Call: <https://www.hollywoodreporter.com/news/european-union-copyright-vote-close-call-1142540>

- Ficha parlamentaria del Proyecto: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2018-0245&language=ES#title7>

Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor. Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 626 final.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES, A PROPÓSITO DE LAS DEMANDAS “FALSAS” DE CIUDADANOS BRITÁNICOS A HOTELES ESPAÑOLES



Alfonso Ortega Giménez. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche

Pedro Heredia Ortiz. Abogado. Pellicer & Heredia Abogados y Asesores Tributarios

Paloma Morales Villanueva. Abogada de Derecho Mercantil/Doctorando Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO

1. Introducción
2. Competencia Judicial Internacional y contratos celebrados por consumidores
3. Determinación de la Ley aplicable de contratos celebrados por consumidores

EN BREVE

Durante los últimos años ha proliferado un problema que ya ha costado a los hoteles españoles 60 millones de euros. Se trata de las falsas intoxicaciones que denuncian turistas británicos que pasan sus vacaciones en hoteles españoles para conseguir indemnizaciones y que su estancia en España les salga gratis.

*El Gobierno británico quiere poner freno al problema, planteando abaratar la vía judicial para los tu-
r operadores, que suelen pagar para no afrontar largos y costosos procesos en los tribunales.*

Las denuncias por intoxicación se han multiplicado un 700% en el último año, de ellas, el 70% son falsas o no han tenido relación con el hotel denunciado. Durante este mismo período, el número real de casos de enfermedad notificados en centros turísticos se ha mantenido estable o ha disminuido y el problema solo está asociado con los turistas del Reino Unido.

En el caso de España las zonas más afectadas por dichas demandas, han sido las Islas Baleares y las Islas Canarias, así como en otras localidades como Benidorm. Por otra parte, España no ha sido la única afectada, ya que se ha producido un aumento de las enfermedades gástricas en Chipre, Turquía, Bulgaria, Grecia y Portugal. Los hoteles más demandados son los que ofrecen paquetes de todo incluido, ya que es más fácil para los turistas interponer una demanda.

El origen de estas falsas demandas por intoxicación está en los pequeños bufetes de abogados que animan a los turistas a denunciar a los hoteles afirmando que se trata de un proceso directo y libre de riesgos. Su táctica consiste en ponerse en contacto con los turistas, en su mayoría británicos, en las propias inmediaciones del hotel o de la zona de vacaciones. Les prometen que, con las denuncias falsas, recibirán compensaciones seguras. En consecuencia, a la vuelta de sus vacaciones los turistas reclaman una indemnización a los operadores con los que contrataron el viaje. En ocasiones, éstos deciden no cuestionar a sus clientes y trasladan la factura a los hoteles españoles.

INTRODUCCIÓN

El origen de este problema tiene su origen en la reforma de la Ley Jackson, que se realizó en 2013, por la que se excluyó del arbitraje de consumo todas las denuncias por prestación de servicio realizados fuera de Reino Unido. Es decir, la legislación británica beneficia al consumidor, y el resultado es que poco a poco han ido aumentando las reclamaciones hasta el aluvión actual que están sufriendo los hoteles españoles.

Estos cambios legislativos con respecto a las reclamaciones de responsabilidad civil por daños producidos durante la estancia en el establecimiento y sus efectos para los hoteleros españoles.

Las reclamaciones más habituales, suelen estar relacionadas con intoxicaciones alimentarias y caídas, normalmente de personas mayores, ya sea en el baño de las habitaciones o en la piscina, así como por intoxicación de alimentos o gastroenteritis.

La presentación de una reclamación fraudulenta es un delito en el Reino Unido, que podría dar lugar a antecedentes penales y multas. Así como buscar una reclamación fraudulenta también es ilegal en el país donde se disfrutaron las vacaciones. Estas son las sanciones en los siguientes destinos populares en el extranjero: España, Portugal, Grecia, Turquía, Chipre, Bulgaria.

Una vez que los turistas implicados en el fraude regresaban al Reino Unido, presentaban una denuncia contra el

“El Reglamento Roma I contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores, protege la posición jurídica de los consumidores por una razón muy simple y sólo en circunstancias muy concretas”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Reglamento (ce) n 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (Marginal: 667681)
- Reglamento (UE) n ° 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. (Marginal: 70678842).
- Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. (Marginal: 69726851)
- Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Marginal: 70941)
- Reglamento (ce) no 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)



touroperador al que habían comprado el paquete vacacional, aportando únicamente como supuesta prueba el tique de un antidiarreico. La actual legislación británica acababa favoreciendo que, normalmente, el hotel denunciado se tuviera que hacer finalmente cargo de todos los costes. Además de infringir la ley, puede haber graves consecuencias financieras.

Los requisitos para presentar este tipo de reclamaciones son prácticamente nulos: no hace falta ni un parte médico y hay un plazo de hasta tres años. En internet se pueden encontrar innumerables empresas que ofrecen estos servicios, como es el caso de SickHoliday.com, que se presentan como grandes expertos sobre enfermedades en vacaciones.

Los casos de intoxicación alimentaria y accidentes en el extranjero deben presentarse por lo general dentro de los 3 años posteriores a la fecha de conocimiento del accidente o enfermedad. Sin embargo, **hay límites de tiempo diferentes para los cruceros (2 años), los niños y las quejas presentadas en relación con la calidad de las vacaciones.**

Sin embargo, en ocasiones, para estas empresas es difícil procesar reclamaciones con menos de 9 meses de tiempo de limitación. Esto se debe a que el operador turístico demandado según el protocolo de acción previa para reclamaciones por lesiones personales tiene 42 días y luego 6 meses para procesar e investigar su reclamación al final antes del procedimiento.

Los pasos a seguir para interponer la reclamación son:

- **Informar del incidente.** Ponerse en contacto con su operador turístico, la gerencia, la aerolínea o las autoridades correspondientes por teléfono y explique el incidente.

– Tomar fotos. Usar una cámara o teléfono para grabar imágenes o videos de cualquier cosa que respalde la reclamación.

– **Mantener información importante.** Conservar toda la información de vacaciones, como reservas, recibos, medicamentos tomados / prescritos, progresión de la enfermedad, etc.

– **Cita GP.** Si la enfermedad o los síntomas persisten a su regreso, sería aconsejable ver al médico de cabecera. Esto es para eliminar cualquier complicación de la intoxicación alimentaria que pueda requerir tratamiento.

La unidad de delincuencia económica de la Policía Nacional ha elaborado un informe en el que analiza buena parte de las quejas formuladas contra los hoteles denunciados y sostiene que la mayoría de ellas fueron presentadas años después de la supuesta enfermedad. El documento desvela que los turoperadores que las gestionan continuaban ofertando los establecimientos que presuntamente servían comida en mal estado.

La Policía también destaca que los despachos de abogados que gestionan las reclamaciones obtenían un beneficio mayor de la reclamación frente al que se quedaba el cliente y ofertaban un alto nivel de posibilidades de éxito sin coste para turista cobrando solo en caso de reclamación positiva

La asociación de agencias de viajes británicas ABTA ha lanzado una campaña contra las reclamaciones falsas dirigida a concienciar a los consumidores de las graves consecuencias de actuar ilegalmente y pedir una actuación urgente el Gobierno de Reino Unido. ‘Stop Sickness Scams’ respaldo de Thomas Cook, TUI Group, Jet2holidays y Monarch Travel Group.

“El consumidor debe poder demandar ante los tribunales del lugar de su domicilio”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2017, núm. 1447/2017, N° Rec. 557/2016, (Marginal: 70423383)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2004, núm. 0/0, N° Rec. 6923/2000, (Marginal: 163359)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2003, núm. 809/2003, N° Rec. 3858/1997, (Marginal: 164725)



La Acción incluye una carta abierta dirigida al nuevo Secretario de Justicia, David Lidington, insiste al Ejecutivo en la necesidad de modificar la legislación que ha permitido que se dispararan las reclamaciones falsas, la asociación informó en otoño al Ministerio de su conclusión acerca de que un cambio legislativo de 2012 había fomentado el aumento de reclamaciones en viajes al extranjero.

La asociación de agencias ha indicado que esta reforma incluye medidas que tratan de frenar las reclamaciones fraudulentas sobre daños personales, pero “excluyen los incidentes ocurridos en el extranjero” desde la modificación del régimen de costes fijos recuperables.

ABTA explica que una simple enmienda de la legislación haría que la industria de viajes se armonizara con otros sectores y establecería un límite en los honorarios legales que pueden pagar los bufetes de abogados que siguen estos casos.

En cuanto a la **misión y objetivos de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos**, tiene como finalidad primordial la representación, defensa y fomento de los intereses comunes de sus miembros, y en concreto, los siguientes fines:

- a. Representar los intereses de los empresarios del sector ante la sociedad, las administraciones públicas y todo tipo de instituciones.
- b. Negociar, concertar y suscribir acuerdos o convenios que afecten o interesen a sus miembros ya sea en el ámbito industrial, sindical, económico, tributario, laboral y en cualquier otro relacionado con la actividad representada.
- c. Organizar actividades de carácter asistencial, de carácter formativo o cultural, que redunde en beneficio

de sus socios y de la sociedad en general.

- d. Intervenir en el desarrollo turístico, haciendo llegar sus criterios y sugerencias para un desarrollo sostenible, para el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la competitividad de las empresas.
- e. Fomentar y difundir el sistema de iniciativa privada y economía de mercado.
- f. Trabajar activamente en todos aquellos asuntos relacionados con la innovación tecnológica, calidad, promoción turística, seguridad física y de las instalaciones y estadísticas para la mejora permanente de los establecimientos hoteleros y apartamentos de España.

La **Autoridad de Regulación de la Abogacía británica y Scotland Yard han investigado a varios despachos, por “vínculos inadecuados” con empresas de gestión de reclamaciones falsas.** Estos despachos han sido investigados por denuncias de pagos para que se les aporten clientes. Los investigadores preparan sanciones. Algunos bufetes se han visto forzados a retirar miles de demandas y operadores y páginas web con las que se asocian han cerrado.

La SRA (*Solicitors Regulation Authority*) ha declarado que tiene pruebas de que algunos despachos plantean reclamaciones sin el adecuado consentimiento de los demandantes, no se aseguran de que todas las pruebas sean recopiladas y ofrecen “consejos inapropiados” a los clientes. Ha detectado la “acción de delincuentes organizados” y ha advertido a las firmas de que deben operar con integridad.

Ofrece seis pistas de que se están planteando denuncias falsas:

- La reclamación se realiza algún tiempo después del presunto incidente.
- Los reclamantes no informaron al hotel ‘in situ’ de la supuesta intoxicación.
- No hubo otros casos en el mismo hotel.
- La reclamación proviene o involucra a terceras personas (captador que incita a reclamar).
- El informe del cliente sobre su estancia fue positivo.
- El cliente bebió o comió excesivamente, lo que ocurre a menudo en paquetes de vacaciones todo incluido o *package holidays*.

Para abordar este problema, el Gobierno de Reino Unido ha pedido al Comité de Procedimiento Civil, que estudie trasladar las reclamaciones al régimen de costes fijos recuperables. Así, los touroperadores solo desembolsarían los gastos establecidos según la cuantía de la reclamación y la duración del proceso judicial, pudiendo prever los costes legales y ayudando a estos mayoristas a impugnar por vía judicial las reclamaciones fraudulentas.

De este modo, **se intentaría frenar la cantidad de denuncias falsas por intoxicación alimentaria por parte de turistas británicos en sus viajes a España que aprovechan la falta de requisitos necesarios para presentar estas denuncias.** Como primera medida, se quiere acabar con la laguna legal que les permite reclamar tras tres años de haber visitado su destino

La iniciativa del Ejecutivo llegó después de que la Asociación Británica de Agencias de Viajes (ABTA) lanzara la campaña Stop Sickness Scams, “Stop a las estafas por enfermedad”, entre los propios británicos en la que se advierte de que presentar una demanda

fraudulenta en algunos destinos puede suponer una condena de hasta tres años de cárcel en el extranjero.

De esta forma, el objetivo de este trabajo no es otro que clarificar el régimen de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable de los contratos celebrados por consumidores a propósito de las demandas falsas presentadas en los últimos tiempos en el Reino Unido por ciudadanos británicos (= consumidores) contra hoteles españoles.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES

El consumidor considerado como eslabón más débil dentro de la contratación internacional tiene especial relevancia en la regulación europea, a

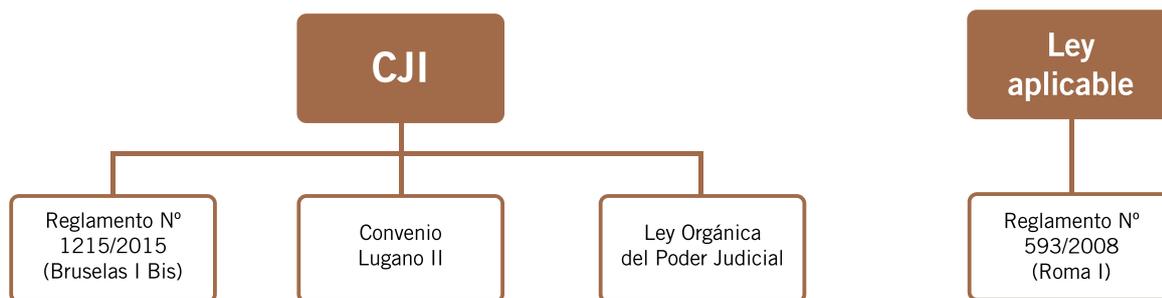
“La Ley reguladora del contrato celebrado por consumidores debe ser la Ley del país de residencia habitual del consumidor, a menos que se haya elegido otra Ley estatal que proteja en mayor medida al consumidor”

continuación vamos a realizar un breve análisis de cómo el Derecho Internacional Privado ha edificado la protección del consumidor.

La mayor parte de los litigios internacionales de consumo que origina Internet no acaban en los tribunales. Los mismos consumidores renuncian a cualquier acción legal. Y ello es así porque las reglas protectoras de los consumidores propias del Derecho Internacional Privado clásico no son

efectivas en los casos de contratos de consumo en Internet, además se une al desconocimiento de los consumidores de sus posibilidades.

En primer lugar, debemos dejar claro los instrumentos normativos de los que vamos a valer para poder identificar, en caso de existencia de una controversia, la Competencia Judicial Internacional (en adelante, CJI) y la determinación de la Ley aplicable.



Estos instrumentos tienen como objetivo la protección del consumidor, y promover el buen funcionamiento del mercado interior, por ello pivota sobre dos ideas principales:

1. **El consumidor debe poder demandar ante los tribunales del**

lugar de su domicilio (art. 18 Bruselas I bis).

2. **La Ley reguladora del contrato celebrado por consumidores debe ser la Ley del país de residencia habitual del consumidor, a menos que se haya elegido**

otra Ley estatal que proteja en mayor medida al consumidor (art. 6 Roma I).

En segundo lugar, debemos dejar claros una serie de conceptos referentes a los contratos celebrados por consumidores:

CONSUMIDOR
Es consumidor la persona que adquiere bienes o servicios para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional (art. 17 Bruselas I bis). Si dicho consumidor se presenta y opera como un profesional frente a terceros, es entonces un consumidor oculto que no puede beneficiarse estas reglas
No son consumidores una asociación de consumidores o un cesionario de los derechos de los consumidores, porque no han celebrado contratos de consumo con profesionales y además el objeto del proceso no se refiere a un contrato, sino a una materia no contractual, como es la declaración general de la ilicitud de ciertas condiciones generales de la contratación
Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos
Cuando el contrato tiene por objeto tanto un fin privado como un fin profesional, el contrato no se considera celebrado por un consumidor, salvo que el uso profesional sea marginal e insignificante en el contexto global de la operación
PROFESIONAL
El sujeto que contrata con el consumidor debe ser un profesional, la persona que ejerce actividades empresariales y comerciales
CONTRATO DE CONSUMO
No todo contrato en el que participa un consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento. En efecto, debe tratarse de uno de los siguientes contratos (art. 17 Bruselas I bis):
Una “venta a plazos” de “mercaderías”. Del concepto de mercaderías se excluyen los inmuebles
Un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes
Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades
CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS
Contratos de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento, que sí se benefician de la protección aludida
Contratos de seguros, que disponen de reglas ad hoc
Contratos de arrendamiento de inmuebles
Supuestos en los que, aunque interviene un consumidor, no ha llegado nunca a celebrarse formalmente un contrato

Una vez que tenemos claro los textos normativos que afectan a la materia, los sujetos que intervienen y el objeto sobre el que recaen, debemos saber que para

de determinar la Competencia Judicial Internacional tendremos que acudir al Reglamento Bruselas I bis, **Convenio de Lugano II o a la Ley Orgánica**

del Poder Judicial. Los tres instrumentos sirven para determinar la CJI, pero cada uno se aplica a un caso concreto.

REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Su ámbito de aplicación es en los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca. Es decir, utilizaremos este instrumento cuando ambos sujetos estén domiciliados, independientemente de cual sea su nacionalidad, en un Estado miembro de la Unión Europea

CONVENIO LUGANO II

Para la determinación de la competencia recurriremos a este instrumento en las relaciones de los Estados miembros de la UE con Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein

LOPJ

Aplicaremos la LOPJ, de forma subsidiaria, cuando ningún Reglamento o Convenio sea aplicable. Es decir, cuando el problema se derive con sujeto domiciliado en otro Estado que no sea perteneciente a la UE ni se trate de ninguno de los Estados del territorio de aplicación de Lugano II

Los siguientes instrumentos establecen una serie de fueros de competencia a los que el consumidor puede demandar al empresario.

Reglamento Bruselas I bis

Demandante = consumidor. **Cuando consumidor y profesional están domiciliados en un Estado participante en el Reglamento, el consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes:**

1. Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario.
2. Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor.

Demandado = consumidor. **La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor**

Tribunales elegidos. Empresario y consumidor pueden acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento



o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su contratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos

Convenio Lugano II

Se establece las mismas normas que el Reglamento Bruselas I bis, pero se aplica en los cuáhdos intervienen sujetos domiciliados en Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein.

LOPJ

El art. 22 LOPJ, **establece la competencia judicial de los tribunales españoles en los siguientes casos:**

1. Cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ);
2. Cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ);
3. Tratándose de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición, cuando el comprador

tenga su domicilio en España (art. 22.4 LOPJ);

4. Tratándose de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato (art. 22.4 LOPJ). En este caso, no se exige que el consumidor tenga su domicilio o residencia habitual en España.

Una ciudadana española recibe una oferta de una empresa holandesa, por correo postal ordinario, para comprar productos de belleza. Compra los productos, pero éstos no eran de la calidad anulada, y se plantea demandar a la empresa holandesa. Son aplicables los foros de protección contenidos en el Reglamento Bruselas I bis, pues la adquirente es un consumidor que adquiere los productos para su uso personal. El contrato es resultado de una actividad dirigida especialmente al país de residencia del consumidor. Resultado: la consumidora española puede demandar a la empresa holandesa ante los tribunales españoles, ante los tribunales holandeses o ante los tribunales del Estado que ambos elijan posteriormente al nacimiento del litigio. Con esta regulación, el Reglamento Bruselas I bis trata de favorecer la posición jurídica del consumidor.



DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE DE CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES

Una vez que hemos determinado el órgano jurisdiccional que será competente para resolver el litigio, debemos establecer cuál será la ley que éste tendrá que aplicar, para ello acudiremos al Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

El Reglamento Roma I contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores, pro-

tege la posición jurídica de los consumidores por una razón muy simple y sólo en circunstancias muy concretas. En efecto: en los contratos celebrados por consumidores, las partes no tienen el mismo poder de negociación. Por ello existe un alto riesgo de que la elección de Ley sea, realmente, y con mucha frecuencia, una Ley impuesta por el empresario o profesional al consumidor, que no tiene otra salida que aceptar dicha elección de Ley si quiere contratar.

En general, **todo contrato celebrado entre profesional y consumidor**

está cubierto por el artículo 6 del Reglamento Roma I.

En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reg. Roma I, el contrato se regirá:

1. Por la Ley elegida por los contratantes siempre que dicha elección no comporte, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a fal-

ta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 del art. 6 Reg. Roma I. Por tanto, si la Ley elegida por las partes ofrece una protección jurídica al consumidor que resulta inferior a la que brindan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, dicha Ley elegida no se aplicará al contrato.

2. En defecto de una válida elección de Ley, el contrato de consumo se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

Un dentista español con residencia habitual en Madrid adquiere libros antiguos previa oferta procedente de una empresa alemana y recibida por correo en su residencia de Madrid. El contrato está cubierto por el art. 6 Reg. Roma I, pues se trata de una actividad ajena a la actividad profesional del dentista, que es, por ello, un consumidor. Además, el contrato se celebra como consecuencia de las actividades comerciales dirigidas a España, país de residencia habitual del consumidor. En efecto, el empresario realizó una oferta por carta enviada desde Alemania con destino a España. La Ley aplicable al posible litigio será la Española.

CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 6 REG. ROMA I

<ol style="list-style-type: none"> 1. Que el contrato haya sido celebrado entre un consumidor y un profesional 2. Están excluidos los contratos celebrados entre un profesional, persona física o jurídica, que suministra bienes o servicios a una persona jurídica 3. Las personas jurídicas no se consideran consumidores 	<p>Se deben verificar las siguientes circunstancias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o que, por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país 2. Que el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades profesionales o comerciales que desarrolla el profesional
---	--

¿Qué se entiende como “actividades dirigidas”?

Las “actividades dirigidas” se verifican, al menos, en dos supuestos:

- a. El empresario dirige E-Mails publicitarios a potenciales consumidores radicado en otro Estado;



b. **El empresario utiliza ciertos websites mediante los cuales intenta penetrar en un mercado nacional concreto, captar clientes, hacer negocios, por ejemplo realizando publicidad e incitando a la contratación a los sujetos residentes en un país concreto.**

En relación con los websites, éstos comportan “actividades dirigidas” (“websites dirigidos” o websites which

target some specific countries) en estos supuestos.

a. El website presenta carácter comercial. En efecto, el website incita a la contratación de productos o servicios, ya sea a través del website (Electronic Order Form), o ya sea offline, por teléfono, correo, e-mail, o por cualquier otro medio de comunicación a distancia. Es decir, existe vocación de comerciar.

b. El website se orienta hacia determinados Estados. Con el website dirigido, el empresario desea desplegar sus actividades comerciales o profesionales en un Estado o Estados concreto/s. Para precisar si el website está orientado a determinados países, el contenido del website es la clave que permite desvelar la intensidad de los contactos de los websites con los internautas de un concreto Estado. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO Y OTROS. *Código básico de contratación internacional*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Cuestiones de derecho internacional privado (competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable) en el nuevo reglamento general de protección de datos*. Febrero 2018. *Economist&Jurist* N°217 (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- El Gobierno británico ha dado otra vuelta de tuerca en su ordenamiento legal para intentar poner coto a las intoxicaciones falsas inventadas por muchos de sus turistas para obtener cuantiosas indemnizaciones, una práctica que en los últimos años ha provocado pérdidas millonarias a los hoteles y contra la que se ha alzado en armas todo el sector. Para ello, el ejecutivo de Theresa May fijará las cuantías máximas que puede reclamar cada turista por una enfermedad contraída durante sus vacaciones en el extranjero, de modo que a los viajeros acabe por no salirles rentable tener que fingir una indisposición y urdir toda una trama legal, a sabiendas de que no obtendrán todo el dinero deseado
- Hasta ahora, la legislación británica no establecía ningún tipo de control sobre estas cuantías, por lo que los touroperadores veían con frecuencia cómo las mismas crecían de forma «desproporcionada» con respecto a los daños reclamados, tal y como reconoció ayer el propio Gobierno de Reino Unido, a través de un comunicado de su Embajada en Madrid. Este vacío legal fue el principal caldo de cultivo para la aparición de todo un abanico de empresas y bufetes especializados en la interposición de este tipo de denuncias, las conocidas como «claim farmers», que en los últimos años se han estado desplazando hasta los destinos vacacionales con mayor presencia de británicos para ayudarles a «construir» falsas intoxicaciones alimentarias y alentarles a reclamar

- Otra de las lagunas de la legislación británica es que deja la carga de la prueba en el establecimiento hotelero. De eso también se han venido aprovechando los bufetes para interponer las reclamaciones, que suelen rondar entre las 4.000 libras si es una intoxicación leve hasta 45.000 en caso de alegar una intoxicación ser muy grave. Desde Hosbec apuntan a que la media de las indemnizaciones reclamadas suele situarse en unas 5.000 libras, una cuantía que permitiría a los turistas recuperar con creces el dinero invertido durante las vacaciones, a costa de la cuenta de beneficios del hotelero
- Porque con estas denuncias gana tanto el bufete como el turista; pierde el touroperador y, sobre todo, pierde el hotel. La primera se encarga de realizar todo el papeleo en Reino Unido, donde la legislación confiere un plazo tres años para interponer la reclamación al touroperador. El mayorista no tiene más remedio que negociar con las «claim farmers» y cerrar, en la mayoría de los casos, cuantiosas indemnizaciones por la vía extrajudicial para evitar que el caso llegue a los tribunales. Por último, el mayorista reclama al hotel el dinero correspondiente o deja de ingresarle parte de las plazas contratadas, bajo la amenaza de no volver a trabajar
- En el conjunto del país, las pérdidas que esta práctica habría generado al sector hotelero en los últimos dos años, cuando el número de reclamaciones se ha disparado un 500%, superan los 50 millones de euros
- La fiebre de las falsas intoxicaciones alimentarias comenzó a hacerse patente a partir del verano de 2016. Desde entonces, los hoteleros han venido denunciando de manera incesante esta mala praxis. La patronal turística de Benidorm y la Costa Blanca, Hosbec, lideró un frente común con hoteleros de otras zonas del país para forzar al Gobierno británico a reaccionar. Y parece que sus esfuerzos comenzaron a tener recompensa
- La propia primera ministra británica, Theresa May, reconoció su preocupación por el daño a la reputación del Reino Unido en el extranjero por la mala imagen que daban sus turistas y por la posibilidad de que estas prácticas acabaran encareciendo los paquetes vacacionales. Mientras, el embajador británico, Simon Manley, afirmó ayer que el problema de las reclamaciones por enfermedad falsas «ha provocado con razón preocupación en España, y ha tenido un efecto importante en el sector hotelero español. Estas últimas medidas para controlar los costes legales anunciadas por el Gobierno británico, así como los pasos dados a finales del verano pasado, muestran la seriedad con la que nos tomamos este asunto». Igualmente, Manley destacó que casi 19 millones de turistas británicos visitaron España el año pasado y, aunque la gran mayoría no pone reclamaciones falsas, estos nuevos pasos que se van a adoptar «ayudarán a disuadir a los que se puedan sentir tentados»
- A partir de ahora, para abordar este problema, el Gobierno de Reino Unido ha pedido al Comité de Procedimiento Civil -encargado de fijar las normas relativas a los costes legales-, que estudie trasladar las reclamaciones al régimen de costes fijos recuperables. Así, los touroperadores solo desembolsarían los gastos establecidos según la cuantía de la reclamación y la duración del proceso judicial, pudiendo prever los costes legales y ayudando a estos mayoristas a impugnar por vía judicial las reclamaciones fraudulentas. La intención, según confirmaron ayer, es que estos cambios legales entren en vigor en las próximas semanas, de cara al inicio de la temporada estival
- ¿Soluciones de cara a futuro? En primer lugar, centrar todos los esfuerzos en reducir al máximo las reclamaciones, ya que muchas se producen por malas prácticas que se evitarían manteniendo un mínimo de estándares de calidad, higiene y salud. Por otra parte, añade, el hotelero ha de estar preparado para responder y gestionar una reclamación. En líneas generales suelen estar muy desorganizados en este ámbito. Y es que te pueden pedir la documentación que pruebe tu actuación diligente dos años después de ocurrido el suceso durante un proceso que puede alargarse hasta cinco, por lo que se impone un buen sistema de gestión de reclamaciones para poder atenderla correctamente desde el primer instante. Finalmente, negociar con los touroperadores y las compañías de seguros para compartir riesgos, pero para ello tienen que ser diligentes y poder demostrar que están haciendo las cosas bien. De este modo, no se eliminan las reclamaciones por completo, pero sí disminuyen mucho los costes, porque por ejemplo se puede reducir el importe de la reclamación si el hotelero puede demostrar que actuó con diligencia
- Además, se hace aconsejable, desde la perspectiva de los hoteleros españoles tratar de “desactivar” el sistema de determinación de la competencia judicial internacional que les permite demandar en casa: podemos explorar en esta materia sistemas alternativos de resolución de controversias de forma que el cliente británico cuando llega al hotel suscriba un acuerdo expreso y por escrito a arbitraje, a una Corte de Arbitraje española, de forma que, cuando éste demande al hotel español deba hacerlo ante dicha Corte de arbitraje y no pueda hacerlo ante un tribunal británico, como se ha señalado anteriormente...aunque, como ya se ha visto, la solución pase por la aplicación de la ley inglesa

LAS CONTINGENCIAS COMUNES Y PROFESIONALES



Francisco Javier Sánchez Romero. Socio de Sagardoy Abogados

SUMARIO

1. Contingencias Profesionales
 - a) El accidente de trabajo
 - b) La enfermedad profesional
 - c) Observación por enfermedad profesional
2. Contingencias Comunes

EN BREVE

Las contingencias profesionales son enfermedades o lesiones sufridas por un trabajador como consecuencia de su prestación de servicios, debiendo por tanto existir una relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la enfermedad o lesión sufrida.

CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Los tipos de contingencia profesionales protegidas por el sistema de Seguridad Social son el accidente de trabajo, la enfermedad

profesional -baste ahora decir que no toda enfermedad contraída con ocasión del desarrollo de una actividad profesional tiene la calificación de accidente de trabajo- **y el período de observación por enfermedad profesional.**

El accidente de trabajo (AT)

El art. 156.1 de la LGSS lo define como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena.

En atención a dicha definición los tribunales vienen entendiendo que son tres los elementos que determinarán la existencia de un AT (STSJ de S.C Tenerife de 21-octubre-2014 -Rec. 344/2014:

- La existencia de una lesión corporal,
- Con relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la lesión,
- Realizado en una relación laboral por cuenta ajena.

El accidente ha de suponer la producción de un daño al trabajador, entendido como cualquier alteración anatómica, funcional o anatómica-funcional que tiene como consecuencia la alteración de la salud, la incapacidad, e incluso, la muerte. El citado artículo 156.2 LGSS fija una relación de situaciones que se consideran como AT, incluyendo no solo los accidentes ocasionados por una acción súbita o violenta acontecida en el lugar y tiempo de trabajo, sino además enfermedades en determinadas circunstancias (letras e, f y g art. 156.2 LGSS), o accidentes ocurridos fuera de lugar y tiempo de trabajo, entre los que se encuentran los accidentes *in itinere* (art. 156.2.a) LGSS). Es a estos cuatro tipos de accidente a los que se prestará atención en este artículo.

“No se considera AT la enfermedad, cuando no consta acreditada la relación de causalidad precisa entre la enfermedad que provoca la alteración súbita de la salud, y existen circunstancias probadas, ajenas al trabajo, que destruyen la presunción de AT del art. 156.3 ET”



LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (Legislación. Marginal: 69456622). Arts.; 71, 156 a 158, 164, 169 a 176
- Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social. (Legislación. Marginal: 69376390). Arts.; 2, 9.4, 15.1 y 3
- Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. (Legislación. Marginal: 70389819)
- Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal. (Legislación. Marginal: 96909). Art.; 1
- Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. (Legislación. Marginal: 69376753). Arts.; 13 a 15
- Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo segundo del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria. (Legislación. Marginal: 21992). Art.; único
- Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas. (Legislación. Marginal: 69376356). Art.; 2
- Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. (Legislación. Marginal: 6921395). Arts.; 2 a 9
- Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. (Legislación. Marginal: 6926744). Arts.; 5, 8, 9, 10, 11.1 y 2, 13, 14
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (Legislación. Marginal: 105103)
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, (Legislación. Marginal: 23202)
- Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. (Legislación. Marginal: 61941). Arts.; 1 a 4, Anexos 1 y

Así tienen la consideración de AT las enfermedades, físicas o psíquicas, que no tengan la calificación de enfermedad profesional (EP) y que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 156.2.e) LGSS), o las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente (156.2.f) LGSS).

Es imprescindible, para su calificación como AT, la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo realizado, que, además, debe ser probado suficientemente y de forma exclusiva por el trabajador.

Atendiendo a lo indicado en el artículo 156.2.e) LGSS, la jurisprudencia, y considerando la presunción prevista en el artículo 156.3 LGSS **se ha considerado AT:**

- **El infarto de miocardio provocado inducido por las tareas de gran esfuerzo físico que realizaba el trabajador** (STS de 15 de febrero de 1996-Rec. 2149/1995, o en el lugar de trabajo por todas por STSJ de Andalucía -Sevilla- de 7 de marzo de 2008.

Y ello, aunque el trabajador no se encuentre en su puesto de trabajo, pero se encuentre en “misión” durante un viaje (por todas STS 24 de septiembre de 2001 -Rec. 3414/2000. La sentencia sostiene que el trabajador desplazado se halla sometido en todo momento a las decisiones de su empleador, por lo que juega la presunción de que la lesión cardíaca tiene su causa en el trabajo, que es precisamente la tesis que defiende la sentencia de suplicación propuesta ahora como

término de comparación. También se considera aun cuando la patología hubiera debutado fuera del lugar y tiempo de trabajo sin impedir al trabajador acudir al trabajo (STS. de 8 de marzo de 2016 -Rec. 644/2015).

Supuestos similares los encontramos en patologías tales como la angina de pecho (STS de 26 de abril de 2016 -Rec. 644/2015) o el derrame cerebral durante las llamadas horas de presencia, (STS de 19 de julio de 2010 -Rec. 2698/2009).

Los motivos que subyacen a la decisión jurisprudencial son, de un lado, la singularidad del quehacer profesional desarrollado por los afectados, que les exige desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios, y, de otro, las particulares circunstancias en las que sobrevinieron las crisis, que permiten establecer una conexión directa y necesaria entre la actividad realizada en el momento en que sufrieron el ataque y el tiempo y el lugar de trabajo, en aras a aplicar la presunción de laboralidad contenida en el art. 156.3 LGSS.

Es doctrina de la Sala de lo Social del TS y, por consiguiente, **no se considera AT, de acuerdo a lo previsto en el artículo 156.2.e) LGSS, la enfermedad cuando no consta acreditada la relación de causalidad precisa entre la enfermedad que provoca la alteración súbita de la salud, y existen circunstancias probadas, ajenas al trabajo, que destruyen la presunción de AT del art. 156.3 ET.**

– el infarto sufrido por el trabajador en situación de disponibilidad, porque estar localizable no presupone la realización de trabajo alguno. En este sentido (STS de 9 de diciembre de 2003 -Rec. 2258/2002-), siguiendo la sentencia de 29 de noviembre de 1994, al declarar que, “la mera situación de disponibilidad, en la que

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2017, núm. 0/0, Nº Rec. 59/2017, (Marginal: 70447709)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 2016, núm. 0/0, Nº Rec. 644/2015, (Marginal: 69720996)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2015, núm. 0/0, Nº Rec. 726/2013, (Marginal: 69344466)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2014, núm. 0/0, Nº Rec. 5233/2011, (Marginal: 2447950)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2013, núm. 0/0, Nº Rec. 1899/2012, (Marginal: 2434431)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2010, núm. 0/0, Nº Rec. 2698/2010, (Marginal: 2238930)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2007, núm. 0/0, Nº Rec. 24/2006, (Marginal: 142117)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2003, núm. 0/0, Nº Rec. 4078/2002, (Marginal: 70447709)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 2001, núm. 0/0, Nº Rec. 3414/2000, (Marginal: 32234)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de agosto de 1997, núm. 0/0, Nº Rec. 2685/1996, (Marginal: 69348414)



“Los tipos de contingencia profesionales protegidas por el sistema de Seguridad Social son el accidente de trabajo, la enfermedad profesional y el período de observación por enfermedad profesional”

el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica por sí sola el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias”. En el mismo sentido STSJ de 31 de enero de 2014 -Rec. 5233/2011.

- hemorragia cerebral padeciendo el trabajador hipertensión arterial no tratada derivada de poliquistosis renal, no habiéndose acreditado que estuviera sometido a carga de estrés STSJ de 2 de octubre de 2017 -Rec. 59/2017). También la STS de 3 de noviembre de 2003 -Rec. 4078/2002, hemorragia cerebral con causa a un aneurisma congénito, sin que existiera realización de esfuerzo o actividad laboral, lo que destruye la presunción de laboralidad de la contingencia a que se refiere el artículo 156.3 LGSS al unirse las circunstancias descritas que excluyen el suceso de cualquier relación con el trabajo, aun cuando lo sufre en los vestuarios de la empresa para iniciar la jornada.

La jurisprudencia valora la acción del trabajo en el marco del artículo 156.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 156.3 LGSS, y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya

antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección (por todas la STS de 18 de diciembre de 2003 -Rec. 726/2013).

En la misma línea en un supuesto de recaída la STS de 3 de julio de 2013 -Rec. 1899/2012- señala: “Los razonamientos sobre la existencia de una patología preexistente no son acogibles porque los hechos declarados muestran que la patología lumbar que presentaba el trabajador se agravó a raíz del accidente. Como no consta que se hubiese diagnosticado antes, ni que hubiese provocado bajas laborales con anterioridad, hay que concluir que el proceso morboso estaba silente y que fue el accidente de 4 de marzo de 2010 el que lo agravó y provocó que sus efectos incapacitantes saliesen a la luz y provocaran sucesivas bajas laborales a partir de ese día. Consecuentemente, la recaída en la lesión que agravó el accidente merece el calificativo de accidente laboral, conforme al art. 115-2-f) [actual 156.2.f]de la LGSS”.

El artículo 156.2 LGSS, esta vez en su letra g), otorga la calificación de AT a las consecuencias de un AT propio que se vean modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por las llamadas enfermedades intercurrentes que son las que “constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”

La STS de 10 de julio de 2007 -Rec. 54/2006-, analiza un supuesto de esta tipología de AT, aclarando el concepto: “la incapacidad temporal de que tratamos tiene, como se ha visto, un doble origen, pues de una parte fue causada por unas lesiones derivadas de accidente de trabajo y en otra parte por dolencias producidas por enfermedad común. Pero todo proceso de IT es una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distinguos en cuanto a su protección. Esto significa que la enfermedad lumbar que sufre el actor [contingencia común], tiene que ser incardinada en el apartado g) antedicho, pues a los efectos de que tratamos, debe ser calificada de “enfermedad intercurrente”, habida cuenta que al ser una de las causas generadoras de la IT analizada, modifica en su gravedad las consecuencias del accidente al reforzar y hacer más vigorosa la incapacidad para el trabajo del actor, y constituye una complicación del proceso patológico del mismo”.

Otros acontecimientos a los que la LGSS da la calificación de **Accidente de trabajo son los llamado in itinere, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 156.2.a) LGSS son “los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”.**

La idea básica que subyace en la construcción jurisprudencial del accidente “in itinere” es que solo puede calificarse como tal aquel que se produce porque el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo. Por tal razón, “la noción de accidente “in itinere” se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto” (STS de 29-9-97 -Rec. 2685/1996-). La jurisprudencia posterior a 1997 ha perfilado la existencia de tal tipo de AT, determinando la concurrencia de las siguientes características:

- a. que la **finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo** (elemento teleológico);
- b. que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico)
- c. **que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto** (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; o que dichas alteraciones si puedan tener relación directa con la relación laboral.
- d. **que el trayecto se realice con medio normal de transporte** (elemento de idoneidad del medio)

La enfermedad profesional (EP)

La definición del concepto la facilita el artículo 157 de la LGSS, que impone que para ser calificada como profesional

“La cuantía de las prestaciones de incapacidad suele ser más elevada en las contingencias de origen profesional que en las de origen común”

una enfermedad ha de cumplir con las siguientes condiciones:

1. Ha de ser contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena
2. en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe reglamentariamente.
3. provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

También dispone el artículo 157 en su párrafo segundo que **en el reglamento que desarrolle este artículo se deberá establecer el procedimiento que haya de observarse para la inclusión de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo.**

Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, es el que establece el actual cuadro de EP y la lista “*complementaria*” de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, y cuya inclusión en aquel cuadro podría contemplarse en el futuro (art. 1). La existencia de esta relación supone una presunción legal a través de un doble listado de actividad y enfermedad. Así, **si la enfermedad está en el listado y quien la padece desarrolla una actividad con riesgo de adquirir dicha enfermedad hay una presunción iuris et de iure de que es profesional, por lo que no se impone la prueba de la relación de causalidad a diferencia de la enfermedad del trabajo donde sí es necesaria dicha prueba.**



El artículo 2.1 del RD 1299/2006 prevé que la modificación del cuadro de enfermedades profesionales se debe realizar por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y requerirá el informe previo del Ministerio de Sanidad y Consumo y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El informe científico que soporte la propuesta de modificación deberá ser realizado por una comisión técnica conjunta de ambos ministerios.

Las enfermedades no incluidas en el anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el cuadro de enfermedades profesionales que se aprueba por este real decreto, previo informe del Ministerio de Sanidad y Consumo. (art. 2.2 del RD 1299/2006).

De acuerdo con el artículo 3 RD 1299/2006, **la calificación de las enfermedades como profesionales corresponde a la entidad gestora respectiva, sin perjuicio de su tramitación como tales por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales.** Corres-

ponde también a la entidad gestora la determinación del carácter profesional de la enfermedad respecto de los trabajadores que no se encuentren en situación de alta.

La entidad gestora o colaboradora que asuma la protección de las contingencias profesionales elaborará y tramitará el parte de enfermedad profesional correspondiente, en los términos que establezcan las disposiciones de aplicación y desarrollo, debiendo la empresa facilitar a la entidad gestora o colaboradora la información que obre en su poder y que sea requerida para la elaboración del citado parte (art. 4.2 del RD 1299/2006).

El Anexo I del RD 1299/2006 incluye 6 grandes grupos de enfermedades profesionales con relación al agente que causa dicha enfermedad:

1. Grupo primero: EP producidas por agentes químicos.
2. Grupo segundo: EP producidas por agentes físicos.
3. Grupo tercero; EP producidas por agentes biológicos.

4. Grupo cuarto: EP producidas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.
5. Grupo quinto. Enfermedades de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.
6. Grupo sexto. Enfermedades profesionales producidas por agentes carcinógenos.

Se desarrolla a continuación de forma exhaustiva una lista de actividades con las correspondientes enfermedades que pueden generar.

Como se preveía en el artículo 157, en el Anexo 2 del RD 1299/2006 se incluyen la Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro, que son clasificadas en los mismos grupos que constan en el Anexo 1.

Observación por enfermedad profesional

A modo de género dentro de la especie de enfermedades profesionales, el artículo 169.1.b) incluye este tipo de

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO. *Sabelotodo Derecho Social*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad
- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Guía práctica del trabajador autónomo y/o empresario individual*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.
- *Guía práctica de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO Y FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER. *La cobertura de las contingencias profesionales en el Sistema español de Seguridad Social (2007)*. Revista MTAS N° 69

contingencia a proteger y que queda constituido por “los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad”.

El periodo de observación no es otra cosa que el tiempo necesario para que los facultativos realicen el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo, pudiendo tener también en ocasiones efectos terapéuticos. Se constituye de **esta forma en una incapacidad laboral que no ha de ser real, en el sentido que podría ser que el trabajador no estuviera incapacitado para trabajar, sino una incapacidad por mandato de una norma legal imperativa que presume necesaria la baja del trabajador para ser objeto de estudio y diagnóstico su posible enfermedad profesional, cuando el médico así lo decida.** (Tomás Sala Franco: “La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente” de Tirant Lo Blanch).

CONTINGENCIAS COMUNES

En este caso la LGSS en su artículo 158 define las contingencias comunes por oposición a las contingencias profesionales ya definidas en este artículo.

Así se indica que **accidente no laboral es el que no tiene carácter de accidente de trabajo, de acuerdo a lo establecido en el art. 156 LGSS y que son enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157.**

DIFERENCIAS EN LOS EFECTOS QUE PROVOCAN LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES FRENTE A LAS CONTINGENCIAS COMUNES

Existe un régimen jurídico diferenciado para las contingencias profesionales y comunes, lo que provoca que tenga una enorme trascendencia calificar correctamente una determinada lesión como accidente de trabajo o como accidente no laboral, y/o una determinada patología como enfermedad profesional, como enfermedad de trabajo asimilada a accidente laboral o como enfermedad común.

A título meramente ilustrativo y no exhaustivo podemos destacar las siguientes:

1. Las contingencias profesionales no se encuentran condicionadas a un periodo de carencia. Cosa que si ocurre respecto de la enfermedad común que requiere la cotización previa de 180 días en un período de 5 años.

2. La cuantía de las prestaciones de incapacidad suele ser más elevada en las contingencias de origen profesional que en las de origen común. El cálculo de las prestaciones se realiza sobre bases reguladoras más elevadas -salario real en cómputo anual, incluidas las horas extraordinarias-, mientras que las contingencias profesionales tienen en consideración la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al que se produce la baja; además el inicio del cobro de la prestación tiene lugar desde el día siguiente al acontecimiento de la contingencia y con un porcentaje del 75%, frente a las contingencias comunes que la prestación nace desde el 4º día con un porcentaje sobre la base reguladora del 60% y que no alcanza el 75% hasta el vigésimo primer día tras el acontecimiento de la contingencia;

3. Se puede imponer un recargo de prestaciones entre el 30% y el 50% a cargo exclusivo del empresario, no asegurable, cuando exista relación de causalidad entre la producción de la contingencia profesional, y el incumplimiento por la empresa de medidas preventivas previstas en la LPRL. (art. 164 LGSS).

4. La ley prevé prestaciones específicas en los casos de muerte y supervivencia en caso de contingencia profesional. ■

CONCLUSIONES

- El Régimen General de Seguridad Social fundamenta sus prestaciones sobre la existencia de dos tipos de posibles contingencias -profesionales o comunes- con relación al origen de las mismas. Así son profesionales -accidente de trabajo, enfermedades profesionales y períodos de observación de enfermedades profesionales- si su producción ha sido con ocasión o con relación a la prestación de servicios por cuenta ajena, y comunes -accidente no laboral o enfermedad común- en caso contrario. Y no es baladí la calificación de una u otra contingencia, ya que de tal calificación se derivan, o pueden derivar, consecuencias distintas para trabajadores y empresarios

PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE GASTOS DE HIPOTECA. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD



www.casosreales.es
casosreales@difusionjuridica.es

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
- Formulario

En dicho préstamo, entre el clausulado general, existe una cláusula donde se dispone que son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución del contrato.

Objetivo. Cuestión planteada

– Que se declare la nulidad de la cláusula relativa a los gastos de constitución de hipoteca en su totalidad, por su carácter abusivo al imponer el abono de la totalidad de los gastos de dicho contrato a los demandantes, así como declarar la subsistencia del resto del préstamo hipotecario.

– Que se condene al demandado a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario así como a asumir todos los gastos, tributos, tasas y honorarios que correspondan

EL CASO

Supuesto de hecho

La Coruña, 25-08-2004

Con fecha 25 de agosto de 2004, Dña. Elena y la entidad bancaria suscribieron un contrato de préstamo hipotecario.

al elevar a público y/o inscripción registral de tal modificación.

- Que se condene al demandado al reintegro a la demandante de la cantidad pagada en concepto de gastos de hipoteca y compraventa, junto con el interés legal desde el cargo en cuenta de dichas cantidades hasta la Sentencia definitiva.

La estrategia. Solución propuesta

La estrategia del abogado está destinada a demostrar los siguientes hechos:

1. En primer lugar que se declare nula la cláusula relativa a los gastos de constitución de Hipoteca, pues es abusiva y no ha sido negociada, sino impuesta dentro de un contrato tipo.
2. Demostrar que esta cláusula es desproporcionada y abusiva ya que establece que todos los gastos derivados del presente contrato hipotecario

serán de cuenta del comprador, incluso los gastos de abogado y procurador aun no siendo necesaria su intervención, así como cualquier llamada telefónica derivada de gestiones de cobro.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento:

Juzgado 1ª Instancia de La Coruña

Tipo de procedimiento:

Procedimiento Ordinario

Fecha de inicio del procedimiento:

14-03-2017

Partes

- Parte Demandante:
 - Dª. Elena.

- Parte Demandada:

- Banco S.A.

Peticiones realizadas

- Parte Demandante:

- Que se declare la nulidad de la cláusula relativa a los gastos de constitución de hipoteca en su totalidad, por su carácter abusivo al imponer el abono de la totalidad de los gastos de dicho contrato a los demandantes, así como declarar la subsistencia del resto del préstamo hipotecario.
- Que se condene al demandado a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, así como a asumir todos los gastos, tributos, tasas y o honorarios que correspondan al elevar a público y/o inscripción registral de tal modificación.

- Que se condene al demandado al reintegro a la demandante de la cantidad pagada en concepto de gastos de hipoteca y compraventa, junto con el interés legal desde el cargo en cuenta de dichas cantidades hasta la Sentencia definitiva.

• Parte Demandada:

- Que se desestime íntegramente la demanda, por estar incorrectamente planteada, por ser improcedente la reclamación de gasto alguno ajeno a la formalización del préstamo hipotecario, y en concreto, de gasto alguno relativo a la formalización de la escritura de compraventa de vivienda.
- Que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no conlleva la correlativa obligación del banco de abonar la totalidad de los gastos devengados por la formalización del Préstamo Hipotecario suscrito entre los actores y la entidad.

Argumentos

• Parte demandante:

- La cláusula relativa a los gastos de hipoteca es desproporcionada y abusiva ya que establece que todos los gastos derivados del presente contrato hipotecario serán de cuenta del comprador, incluso los gastos de abogado y procurador aun no siendo necesaria su intervención. Incluso se le estipula que será de cargo de la parte demandante cualquier llamada telefónica derivada de gestiones de cobro.

• Parte demandada::

- Es absolutamente contrario a derecho establecer como preten-

de la actora, que la consecuencia de una eventual declaración de nulidad de la cláusula de gastos implique que la prestamista sea quien asuma la totalidad de los gastos ocasionados al prestatario, ya que en defecto de Cláusula debe jugar lo establecido en la legislación aplicable al efecto.

Normas y artículos relacionados

- Ley 32/1980, de 21 de junio, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
- Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Artículo 576, 146, 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Documental aportada

Misma que prueba aportada

Prueba

• Parte Demandante

- Escritura de contrato de préstamo hipotecario
- Aceptación bancaria de escritura unilateral
- Devolución provisión fondos
- Liquidación informativa de gastos
- Modelo 600 impuesto Actos J. Docs.
- Actoras registrador
- Factura gestoría

- Facturas notaría

• Parte Demandada

- Escritura de préstamo hipotecario otorgada por los actores y banco

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 07-09-2017

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: Se estima parcialmente la demanda interpuesta contra Banco S.A.

- Se declara nula por abusiva la cláusula 5ª del préstamo hipotecario en lo relativo a los gastos de Notaría y Registro por lo que procede su eliminación del contrato.
- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 688,02 euros con los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial. Sin imposición de costas.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

- Procede declarar nula por abusiva la cláusula 5ª del préstamo hipotecario en lo relativo a la imputación al prestatario de los gastos para la constitución de hipoteca de Notaría y Registro, pues no se ha acreditado la existencia de un pacto específico sobre la imputación de tales gastos y la asunción de los mismos por el prestatario, por lo que procede su eliminación del contrato y la devolución a la parte actora del importe pagado.
- En el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación

individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU). La consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada Sentencia del TS

JURISPRUDENCIA

- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres, núm. 128/2017, de 25-04-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70382957**
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ávila, núm. 184/2016, de 08-11-2016. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385590**
- Audiencia Provincial de Ávila, núm. 50/2017, de 03-03-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385586**
- Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 152/2017, de 28-03-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385585**
- Audiencia Provincial de Asturias, núm. 63/2017, de 17-02-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385583**
- Juzgado de Primera Instancia de Jaén, núm. /, de 10-01-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385588**
- Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 17/2017, de 05-01-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70386083**
- Audiencia Provincial de Asturias, núm. 32/2017, de 01-02-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385582**

- Audiencia Provincial de Asturias, núm. 33/2017, de 03-02-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70385581**

- Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 560/2016, de 22-11-2016. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70378515**

Documentos disponibles en www.casosreales.es N° de Caso: 8837

1. Demanda nulidad clausula gastos de hipoteca
2. Contestación Demanda reclamación gastos de Hipoteca
3. Sentencia

FORMULARIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON ESTE CASO

- Demanda nulidad de clausula suelo y Reclamación de gastos de hipoteca

BIBLIOTECA

Disponible en www.casosreales.es N° de Caso: 8837

• Libros

- La prueba en el proceso civil
- Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014
- Worker contratación civil mercantil
- Sabelotodo Contratación Civil y Mercantil

• Artículos jurídicos

- La devolución de los gastos de formalización de hipoteca STS

de 23 de diciembre de 2015 y SAP Zaragoza de diciembre de 2016 (Marzo 2017)

- La deducción de los gastos de formalización de hipoteca: STS de 23 de diciembre de 2015 y SAP de diciembre de 2016 (Marzo 2017)
- La batalla por la obtención de los gastos de la hipoteca (julio-agosto 2017)
- El éxito para reclamar judicialmente a las entidades financieras los gastos de formalización en los préstamos hipotecarios (julio-agosto 2017)
- Impuestos por devolución de la cláusula suelo de hipotecas y los gastos de constitución (julio-agosto 2017)

• Casos relacionados

- Reclamación de Hipoteca Multidivisa y Gastos de Hipoteca
- Hipoteca inmobiliaria. Escritura de cancelación de hipoteca.
- Contrato de Préstamo Hipotecario. Cláusulas contractuales y elevación a público
- Nulidad gastos e intereses moratorios en hipoteca.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE A QUE POR TURNO CORRESPONDA

DOÑA Procuradora de los Tribunales, colegiado N° 0000 del ICP de, en nombre y representación de DOÑA (como así haremos constar en el oportuno Poder Apud Acta que expresamente intereso); y con domicilio en Avenida del, (A Coruña); bajo la dirección letrada de DON como mejor proceda en Derecho, comparezco ante este Juzgado y DIGO:

Que por medio del presente escrito procedo a interponer **DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, contra LA MERCANTIL “BANCO” CIF A-xxx OFICINA N° 000 y domicilio A EFECTO DE NOTIFICACIONES EN Calle cccc, (A Coruña) tfno y todo ello con base en los siguientes:

HECHOS:

1. Con carácter posterior a la firma del contrato aquí impugnado, el Tribunal Supremo dictó el 23 de Diciembre de 2015 la sentencia 705/2015 por la que anulaba la cláusula de gastos derivados de la constitución de hipotecas del propio demandado banco (además del Banco) dictaminando inscribir en el registro de cláusulas abusivas los contratos tipo de hipotecas de Banco.....-..... y en cuanto a las cláusulas de gastos.
2. Previamente, Demandante y demandado suscribieron un contrato de préstamo hipotecario el 25 de agosto de 2004 ante el Sr. Notario Don (se aporta copia del mismo como Documento nº1).
 - a. Dicho acuerdo fue aceptado con formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación (...) y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros del mismo, así como por la constitución, aceptación, conservación y cancelación de la garantía.....
 - b.La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. (...)
 - c.los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el banco para el otorgamiento de cancelación de la hipoteca, cuando dicho otorgamiento se solicite por el interesado una vez transcurridos tres meses desde la devolución total del préstamo.
 - d. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales) así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva....
 - e. Las cantidades así adeudadas al banco devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho, y sin necesidad de reclamación, intereses de demora.....”

4. Ni que decir tiene que en virtud de la misma la demandante se vió obligada a pagar la totalidad los gastos ordinarios de preparación de la hipoteca, que suman 8.025,79 euros de hacienda, notaría y registro y demás gastos, (OCHO MIL VEINTICINCO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS) Se aportan los siguientes documentos acreditativos del pago por mis mandantes, origen de la presente reclamación:

- a. Documento nº3 devolución provisión fondos
- b. Documento nº4: liquidación informativa de gastos
- c. Documento nº 5 MODELO 600 impuesto Actos J. Docs.
- d. Documento nº6, 7 y 8 y 9 facturas registrador
- e. Documento nº10 factura gestoría
- f. Documento nº11, 12 y 13 facturas notaría

5. Se ha intentado por activa y por pasiva negociar de manera verbal con los demandados, pero estos, no han ofrecido acuerdo razonable alguno. Siendo pues, inaceptable el mantenerse en tal situación (tras la Sentencia del Supremo) no ha quedado más remedio que interponer la presente litis con base en los siguientes:

FUNDAMENTOS:

DE FORMA

1. **COMPETENCIA OBJETIVA:** Es competente el Juzgado de Primera Instancia exart. 45 LECiv.
2. **COMPETENCIA TERRITORIAL:** Corresponde a los Juzgados de A Coruña en virtud de los arts. 50 y 51 LECiv, ya que el lugar donde se celebró el contrato origen de la presente litis fue en el partido judicial de Culleredo, dependiente en cuanto a primera instancia de los Juzgados de A Coruña.
3. Es competente el Juzgado de lo Civil por aplicación a contrario sensu del art. 23.2 d) de la Ley 7/2015 de 21 de Julio por la que se reforma la LOPJ, (cuya redacción anterior atribuía la competencia de este tipo de acciones a los Juzgados de lo Mercantil), y siendo que actualmente dicha posibilidad – Mercantil- se restringe únicamente a las acciones colectivas, quedando las individuales (como la presente) al conocimiento del Juzgado de lo Civil.
4. Están legitimados activa y pasivamente demandantes y demandados por ser los intervinientes en el contrato de crédito hipotecario, cuya estipulación QUINTA dá origen a la presente litis.

DE FONDO:

1. El fundamento principal de la presente demanda es la acción individual de nulidad contractual de la cláusula de gastos (Cláusula Quinta del préstamo hipotecario, reproducida en el hecho 3º de esta demanda) impuesta de manera abusiva y desproporcionada a la demandante, sin posibilidad de ser negociada y en el seno de un contrato de adhesión de préstamo hipotecario.
2. Lo abusivo de dicha cláusula viene derivado de varias cuestiones:

a. La disposición siguiente: “Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación (...) y ejecución de este contrato, constitución, aceptación, conservación y cancelación de la garantía.....La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. (...)

b. Implica que es el prestatario quien asume TODOS los gastos -sin excepción- de LA GARANTÍA Y/O HIPOTECA. Recordemos que una cosa es la compraventa y otra la garantía que supone el contrato de préstamo hipotecario y su necesidad de ser elevada a público para tener efectividad jurídica. Así es, y a nadie se le escapa que, si bien un adquirente de vivienda puede o no inscribir su derecho en el registro; EL BANCO DEBE EFECTUAR LA INSCRIPCIÓN DE SU HIPOTECA necesariamente para poder garantizar su crédito frente a terceros y su debida prelación frente al resto de acreedores. Es por ello, que, si bien el nuevo propietario se ve favorecido por la inscripción, el verdadero promotor y sujeto pasivo de la misma es EL BANCO HIPOTECANTE. Si el hecho imponible del impuesto de Actos Jurídicos documentados es aquella inscripción y el sujeto pasivo es la entidad hipotecante, es totalmente abusivo hacer recaer LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS GENERADOS PRIMARIAMENTE SOBRE EL HIPOTECADO, que, por cierto, ya tiene que asumir el pago del I.V.A. (si la vivienda es nueva) o del impuesto de transmisiones patrimoniales (si es de segunda mano), no entendiendo –de conformidad con la buena fe contractual- porque el banco de manera abusiva impone el pago de sus propios tributos al hipotecado. Igual cabe decir de los gastos de notaría y registro, pero que mejor explicación que la que ha dado recientemente el Tribunal Supremo para ilustrar lo aquí reclamado RESPECTO A ESTA MISMA CLAUSULA QUINTA DE LOS CONTRATOS TIPO DEL

3. el Tribunal Supremo, en su Sentencia 705/2015 de 23 de Diciembre dispuso lo siguiente respecto de los contratos tipo de hipoteca del Bancoy

“Fundamento Jurídico 1º:

Fundamento Jurídico 5º hecho 25

(....)”

4. Sentada la anterior Doctrina del Tribunal Supremo, y a modo de concreción en el caso que nos ocupa, afirmamos lo siguiente: La Cláusula quinta de la hipoteca suscrita entre demandante y demandado (Doña Elena y Banco):

- no ha sido negociada sino impuesta dentro de un contrato tipo, y para más inri DICHA CLAUSULA HA SIDO EXPRESAMENTE INVALIDADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO con los efectos recogidos en el artículo 20 de la LGCC:

· Artículo 20. Efectos de la sentencia.

1. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Por otra parte, aclarará la eficacia del contrato.

(...)3. Si la acción ejercitada fuera la declarativa, la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

4. La sentencia dictada en recurso de casación conforme al artículo 18, apartado 3 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente.

· Es desproporcionada y (por ende) abusiva ya que establece que TODOS, absolutamente todos los gastos derivados del presente contrato hipotecario serán de cuenta del comprador, incluso los gastos de abogado y procurador aun no siendo necesaria su intervención y/o llamadas telefónicas derivadas de gestiones de cobro. Por lo tanto, es ILEGAL, en tanto que impone al comprador el pago hasta de la factura telefónica del banco hipotecante, o de los honorarios de abogado y procurador aun cuando no sean necesarios.

· Pero lo importante de la presente litis es que se imponga a la demandante todos los gastos derivados de la constitución y aseguramiento de la hipoteca, cuyo único interesado (en su constitución como garantía) es el banco. Y aunque el comprador de vivienda tiene cierto interés en la inscripción registral, como ya hemos dicho, no es menos cierto que el verdadero interesado (para proteger su crédito hipotecario) es el propio banco; ya que es obvio que en el supuesto de no inscribir la hipoteca en el registro de la propiedad no tendría manera de hacer valer lo prestado frente a terceros, ni la garantía que supone la reserva de dominio sobre la vivienda hipotecada. Así pues, insistimos en que, si bien un comprador puede adquirir de pleno derecho sin necesidad de registrar la vivienda, no ocurre lo mismo con el banco, el cual no podría tener un crédito hipotecario con reserva de dominio y eficacia “erga omnes” sin la correspondiente anotación registral. Desde ese punto de vista, lo ilícito es imponer la totalidad de los gastos al comprador, sobre todo si corresponden al banco demandado por su inscripción de derechos reales en el Registro de la Propiedad. Al respecto dice el TRLGDCU:

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

(...)

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a. La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b. La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c. La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

5. Lo abusivo de la cláusula provoca la nulidad de la misma con los efectos concretos regulados en el artículo 10 de la LGCC:

“10.1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. *La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.*

6. El banco demandado con toda seguridad alegará prescripción de la presente acción. No podemos menos que anticiparnos, manifestando nuestro total desacuerdo: No cabe hablar de prescripción sino de caducidad. Estamos ante un contrato de tracto sucesivo donde la perfección no coincide con la consumación, sino que esta consumación se difiere hasta la finalización del contrato, es decir: cuando se devuelva la totalidad de lo prestado. Es a partir de entonces cuando cabe hablar del transcurso del plazo de caducidad de la acción de nulidad (4 años) establecido en el 1301 del Código Civil. Teniendo en cuenta que el presente préstamo hipotecario está en la mitad de su vida contractual, en ningún caso podría prosperar dicha excepción procesal.
7. En virtud del artículo 1303 y 1306.2º C. Civil mi mandante están legitimada a reclamar la totalidad de lo abonado en concepto de gastos de preparación de la escritura de hipoteca y compraventa, más el interés legal (ex 1303 y 1108 Código Civil) hasta la fecha de la eventual sentencia condenatoria, y a partir de ahí, para el caso de estimarse la presente demanda, los intereses del 576 LECiv.

“Artículo 1303

Artículo 1305

Artículo 1306

8. El fundamento de la reclamación de la totalidad de lo injustamente abonado (incluso de los gastos de la compraventa) es la consecuencia lógica de la nulidad de la cláusula abusiva de gastos y su devolución por la entidad demandada, junto con los demás efectos legales que expresamente se interesan, en concreto nos referimos tanto a los antecitados del Código Civil como al Art. 24 de la Ley 7/1998 de 13 de abril General de Condiciones Generales de la Contratación:

Artículo 24. Régimen sancionador: “La falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen, en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización.”

9. Cantidades que se reclaman (doc nº3 y doc nº14): 8.025,79 euros de hacienda, notaría y registro y demás gastos, más los intereses legales de los mismos desde la fecha de su abono al banco/cargo en cuenta.
10. La CUANTÍA de la presente demanda es a efectos del art. 251 LECiv de 8.025,79 euros (OCHO MIL VEINTICINCO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS). En virtud del art.249.2 LECiv. es procedente EL JUICIO ORDINARIO.
11. Costas: En virtud del art. 394 LECiv. corresponde su imposición al demandado junto con el interés legal del 1108 C. Civ. desde la firma del contrato hasta sentencia, y a partir de ahí el del 576 LECiv.

Por todo lo expuesto

SOLICITO respetuosamente al JUZGADO que teniendo por presentada **DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD** contra el “BANCO” y previos los trámites dicte Sentencia estimando íntegramente la misma y:

1. Declare la nulidad de la cláusula 5ª en cuanto a los gastos de constitución de hipoteca en su totalidad (aportado como documento nº1) por su carácter abusivo al imponer el abono de la totalidad de los gastos de dicho contrato a los demandantes; así como declarar la subsistencia del resto del préstamo hipotecario.
2. Que se condene al demandado a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario así como a asumir todos los gastos, tributos, tasas y/o honorarios que correspondan al elevar a público y/o inscripción registral de tal modificación.
3. Que se condene al demandado al reintegro a la demandante de OCHO MIL VEINTICINCO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS en concepto de gastos de hipoteca y compraventa, junto con el INTERES LEGAL desde el cargo en cuenta de dichas cantidades hasta la Sentencia definitiva, además de las COSTAS del presente procedimiento y el interés del 576 LECiv.

Por ser de Justicia que respetuosamente se interesa en A Coruña a

OTROSI DIGO: Que en virtud del art. 24 de la Ley 7/1998 General de Condiciones Generales de la Contratación se dé parte al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones correspondientes e inste los procedimientos sancionadores del Ministerio de

Justicia contra el demandado

Suscríbase a

Economist & Jurist

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



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

Acepto que Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. me cargue en este número de cuenta los recibos correspondientes a la presente suscripción. IVA no incluido.

Doy mi consentimiento para que DIFUSION JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.L. proceda al tratamiento de mis datos personales para facilitar información sobre productos y servicios.

Puedes consultar nuestra política de privacidad en www.difusionjuridica.es Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. con domicilio en Paseo del Rey 22, 1, oficina 2ª, 28008, Madrid, le informa de que, tras haber obtenido su consentimiento, trata sus datos para enviarle comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Sus datos no se cederán a terceros. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, así como, en su caso, el derecho de portabilidad y limitación del tratamiento, recogidos en el RGPD (UE) 2016/679, dirigiendo su solicitud por escrito a Paseo del Rey 22, 1, oficina 2ª, 28008, Madrid, o bien enviando un correo electrónico a info@difusionjuridica.es bajo el asunto de Protección de Datos, acompañando en todo caso fotocopia de DNI o documento equivalente válido en derecho que acredite su identidad. En caso de que no se haya satisfecho el ejercicio de sus derechos puede presentar una reclamación ante la Autoridad de Control. Obtenga más información en www.agpd.es. En cumplimiento de lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, usted puede revocar en cualquier momento el consentimiento prestado de recibir comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes notificando dicho deseo al correo electrónico de info@difusionjuridica.es.

No deseo recibir comunicaciones a través de e-mail.

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA



José Hurtado Cobles. Socio en Firma Legal

SUMARIO

1. Introducción
2. Ámbito civil-mercantil
3. Ámbito social
4. Ámbito tributario
5. Ámbito contencioso-administrativo
6. Ámbito penal

EN BREVE

Más de treinta años han transcurrido desde que una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo introdujera en España una doctrina de creación puramente jurisprudencial y que llevaba más de un siglo de aplicación en la cultura judicial anglosajona -el inicio de su aplicación en el sistema judicial americano se suele situar en el caso *Bank of the United States v. Deveaux* que en 1809 resolvió el célebre Juez Marshall-.

Así, la sentencia de fecha 22 de mayo de 1984 constituye la primera resolución donde no sólo se recoge expresamente el término “levantamiento del velo”, sino que también contiene un cuerpo de doctrina en torno a la misma. La teoría del “disregard of the legal entity”, según la cual no siempre hay que respetar el instituto de la personalidad jurídica de las sociedades cuando estas hayan actuado como mera pantalla para eludir la aplicación de una ley, hacía su irrupción en nuestros Juzgados y Tribunales.

Una vez llevada a cabo esta primera formulación judicial de la doctrina en nuestro país, tras ella, un importante número de resoluciones, tanto del Supremo como de las Audiencias Provinciales, como de los Juzgados de Primera Instancia, haciendo uso de la misma formulación –es frecuente a día de hoy que se sigan haciendo transcripciones literales o similares del texto de esta sentencia de 28 de mayo de 1984-, han supuesto su entera confirmación y empleo progresivo hasta poderse afirmar que se ha convertido en una institución de creación judicial plenamente integrada en nuestro derecho.

ÁMBITO CIVIL-MERCANTIL

Y es en el ámbito civil-mercantil, junto con el laboral que se examinará más adelante, donde la doctrina del levantamiento del velo ha tenido su confirmación y desarrollo a través de un cuerpo de jurisprudencia que la ha ido perfilando y delimitando hasta crear una nueva institución jurídica.

Una de las pautas que nuestra jurisprudencia siempre ha tenido clara, **dado el riesgo que puede suponer el uso de una institución que puede alcanzar a desprestigiar otra institución “sagrada” como es la de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido su aplicación necesariamente restrictiva.** Y es que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, existe un denominador común que es la necesidad de un uso restrictivo al tratarse de una operación que, por el ideal de justicia material que comporta, suscita fáciles y ligeras adhesiones a su empleo. Así



LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Legislación. Marginal: 6928292). Art.; 44
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (Legislación. Marginal: 24315). Arts.; 43.1.g) y h), 170.6
- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Art.; 103
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (Legislación. Marginal: 6927968)

lo ha venido expresando en numerosas ocasiones el Supremo en sentencias como, por ejemplo, la de fecha 23 de diciembre de 1997, 31 de octubre de 1996 o 12 de junio de 1995. Y por numerosas se hace innecesario citar las resoluciones en el mismo sentido dictadas por las Audiencias Provincia-

les. Únicamente, y a título anecdótico, se puede mencionar que la sentencia de 28 de septiembre de 1992 dictada por la Audiencia Provincial de Girona parece ir contracorriente al negar el carácter de técnica excepcional de la doctrina.

Por otra parte, aclarado su carácter restrictivo, obviamente no podrá aplicarse de oficio por el juez. Por todas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 12 de abril de 2018.

Aunque han existido diferentes intentos llevados a cabo por la doctrina española para clasificar los supuestos en los que se entiende que cabría acudir al uso de la doctrina, jurisprudencialmente se entiende que estos no son *numerus clausus* como aclara, entre muchas otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 29 de marzo de 2018.

Con diferencia, las resoluciones judiciales más numerosas y de mayor interés, **son las que se refieren a casos en los que el levantamiento del velo sirve de instrumento para descubrir la identidad entre los intereses de una persona jurídica y los de un sujeto individual.** Es harto frecuente el recurso a su aplicación, por ejemplo, en los casos de existencia de un uso abusivo de la personalidad jurídica en perjuicio de acreedores, cuando normalmente el socio único o mayoritario procede al vaciamiento de actividad y bienes de la sociedad deudora, para continuar con la misma actividad y explotación por medio de la constitución de una nueva sociedad y eludir, de este modo, la responsabilidad de las obligaciones asumidas por la primera entidad. Un ejemplo de sucesión fraudulenta de empresas lo podemos encontrar en la sentencia del Supremo de fecha 20 de diciembre de 2017 que condena al pago de la deuda a una sociedad que, formalmente, no la contrajo.

En materia concursal también tiene plena aplicación la doctrina tanto en incidentes de reintegración, como en clasificación de créditos, calificación del concurso o declaración de concurso conjunto. Así como para resolver supuestos de

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 2018, num. 3159/2018, N° Rec. 2134/2017 (Marginal:70848283)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2018, num. 2871/2018, N° Rec. 741/2015 (Marginal :70774550)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2018, num. 2831/2018, N° Rec. 441/2016 (Marginal: 70774534)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2018, num. 2056/2018, N° Rec. 1206/2017 (Marginal: 70545890)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2018, num. 2076/2018, N° Rec. 438/201 (Marginal: 0545829)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de mayo de 2018, num. 8642/2018, N° Rec. 1047/2017 (Marginal: 70849884)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 12 de abril de 2018, num. 104/2018, N° Rec. 664/2017 (Marginal: 70536671)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2018, num. 2772/2018, N° Rec. 533/2017 (Marginal: 70848373)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2018, num. 2572/2018, N° Rec. 1784/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2018, num. 206/2018, N° Rec. 2265/2015 (Marginal: 70436918)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2017, num. 4590/2017, N° Rec. 1260/2015 (Marginal: 70434817)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre de 2017, num. 4683/2017, N° Rec. 515/2015 (Marginal: 70433176)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de fecha 9 de marzo de 2017, num. 1877/2017, N° Rec. 3787/2016 (Marginal: 70384548)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2017, num. 676/2017, N° Rec. 956/2016 (Marginal: 70368250)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2016, num. 5244/2016, N° Rec. 764/2016 (Marginal: 70347335)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 13 de mayo de 2016, num. 4168/2016, N° Rec: 1071/2016. (Marginal: 70175796)

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 28 de septiembre de 2015, num. 574/2015, N° Rec. 591/2015 (Marginal: 69462235)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre de 2013, num. 5451/2013, N° Rec. 2307/2012 (Marginal: 2442447)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de abril de 2008, num. 2398/2008, N° Rec. 5626/2002 (marginal 356588)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de noviembre de 2007, num. 5175/2007 N° Rec. 819/2004 (Marginal: 70849879)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2003, num. 2736/2003, N° Rec. 5327/1998 (Marginal: 88968)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 4 de julio de 2002, num. 4240/2002, N° Rec. 1294/1999(Marginal: 1356930)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de junio de 2002, num. 3706/2002, N° Rec. 115/2000 (Marginal: 2412727)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2000, num. 4237/2000, N° Rec. 895/1999 (Marginal: 1911337)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de diciembre de 1993, num. 0/0, N° Rec. 18079/1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1993, num. 4673/1993, N° Rec. 720/1992 (Marginal: 90193)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 1984, num. 0/0, N° Rec.1196/1984 (Marginal: 2395421)



tercerías de dominio, como hacen las sentencias del Supremo de 28 de abril de 1988, 24 de diciembre de 1988 o de 2 de abril de 1990 o, más reciente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2018 al negar la condición de tercero a la mercantil “confundida” con la ejecutada.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2018 da un paso más **al ampliar su aplicación en materia de consumidores, extendiendo la responsabilidad contractual de la empresa promotora a la sociedad constructora frente a los propietarios individuales en una reclamación por defectos en la construcción.**

Dado, por una parte, el propio carácter ampliamente multidisciplinar de la doctrina del levantamiento del velo, así como, por otra, **el hecho de que la interposición fraudulenta de la personalidad jurídica no sólo acaece en el terreno privado sino también en las relaciones de carácter público, la doctrina se ha acabado extendiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico como el social, el tributario, el contencioso administrativo o el penal.**

ÁMBITO SOCIAL

Mención aparte merece el tratamiento de la doctrina del levantamiento del velo en el ámbito laboral pues aquí su justificación viene dada por la necesidad concreta de identificar el verdadero centro de dirección empresarial, sobre todo en aquellos supuestos en los que el empleador es un grupo de empresas, así como en aquellos en los que aquél se oculta bajo la pantalla de una sociedad que actúa como empresario aparente. Se puede afirmar que, aunque fuese creada por la doctrina mercantilista y formulada jurisprudencialmente en el ámbito civil, existe desde hace unos años en España

“El carácter ampliamente multidisciplinar de la doctrina del levantamiento del velo, así como, el hecho de que la interposición fraudulenta de la personalidad jurídica no sólo acaece en el terreno privado sino también en las relaciones de carácter público, ha provocado que la doctrina se haya acabado extendiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico como el social, el tributario, el contencioso administrativo o el penal”

una consolidada línea jurisprudencial en este orden jurisdiccional laboral, principalmente en materia de grupos de empresas, con unos perfiles definidos y con ciertas implicaciones singulares que descubren el mayor esfuerzo que en este ámbito se ha realizado para la superación del arcaico culto al dogma de la persona jurídica.

Así, **en materia de grupos de empresas serían numerosas las brillantes sentencias dictadas en este ámbito.** Baste citar, a título de ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1993 o la de 25 de mayo de 2000 o la del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 13 de mayo de 2016.

Y junto a los supuestos de los grupos de empresas, **la doctrina del levantamiento del velo también alcanza plena efectividad en los supuestos de sucesión de empresa, entendiendo por tales aquellos casos en los que se pretenden burlar los derechos laborales del trabajador mediante una transmisión de la titularidad de la empresa llevada a cabo con abuso de la personalidad jurídica por parte del empresario.** Al respecto,

cabe mencionar la sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana de fecha 9 de marzo de 2017 o la del TSJ de Cantabria de 28 de septiembre de 2015.

Aunque no deberá confundirse la técnica de levantar el velo societario con el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de sucesión de empresa como, acertadamente, matiza la sentencia del TSJ de Madrid de fecha 21 de marzo de 1996 o la del TSJ de Asturias de 24 de octubre de 2005, distinguiendo entre la identificación de la empresa como objeto de la transmisión, de la penetración en el sustrato de las sociedades intervinientes, finalidad última de la doctrina del levantamiento del velo y mucho más amplia en su alcance.

ÁMBITO TRIBUTARIO

En el ámbito tributario fue en materia de rendimientos personales del trabajo ocultos por ciertos deportistas mediante sociedades instrumentales interpuestas que, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Económico Administrativo Central, recurrieron al empleo de la doctrina del levantamiento

del velo durante la década de los noventa. Así, encontramos como ejemplos las resoluciones del TEAC de 15 de diciembre de 1999 o de 21 de julio de 2000, o las de la Audiencia Nacional de 13 de junio de y 4 de julio de 2002 o de 14 de noviembre de 2007.

Pero no fue sino hasta la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2003, en que el Alto Tribunal se pronunciara expresamente aceptando la aplicación de la doctrina en cuestión para resolver un caso de fraude fiscal en materia recaudatoria mediante la interposición de sociedades ficticias. Desde esa fecha han sido frecuentes **los casos en el ámbito tributario, sea en materia liquidatoria o de recaudación, en que los Tribunales españoles han acudido al empleo de la doctrina del levantamiento del velo.**

De hecho, podemos decir que la doctrina ha acabado “cosificándose” poco a poco en la propia normativa tributaria. Así, la actual redacción del apartado 6 del artículo 170 de la Ley General Tributaria está inspirada en esta cuando, en ámbito de medidas cautelares, ignora la personalidad jurídica de la sociedad en los casos en que el obligado tributario “*ejerza el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto sobre la sociedad del titular de los inmuebles*” o, sin ir más lejos el propio artículo 43 en sus apartados g) y h) de la misma Ley, cuando al relacionar los responsables subsidiarios recoge el supuesto de que “*resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial*”.

Jurisprudencialmente podemos citar como recientes e interesantes sentencias en este ámbito la de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2018 que,

con mención a anterior jurisprudencia, **reconoce la doctrina del levantamiento del velo como una técnica “complementaria” para luchar contra la elusión fiscal, en un caso en que se evitaba la tributación en el impuesto de sociedades al cargar elevados intereses por una deuda a una de las empresas del grupo no residente;** o la del mismo Tribunal también de fecha 28 de junio de 2018 en un supuesto de interposición de sociedad para la prestación de servicios profesionales de consultoría prestados realmente con carácter personal.

ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En el ámbito contencioso-administrativo, se admite sin reparo la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, en base a los mismos argumentos ofrecidos por la jurisdicción civil. Así la sentencia de la Sala Contencioso del Tribunal Supremo de fecha 16 de abril de 2008 en un recurso contra una sentencia del Tribunal de Cuentas en materia de reintegro de subvención pública manifiesta que *“a través de la figura jurídica del levantamiento del velo se ha querido salir al paso de la utilización abusiva de la personalidad jurídica de las sociedades”*.

Sin embargo, aun y dicha admisión de la doctrina, en general, viene siendo escasamente utilizada por esta jurisdicción, que prefiere acudir a los institutos genéricos del fraude de ley y/o del abuso de derecho, principalmente en casos de extensiones de responsabilidad por deudas de carácter público, sanciones o de responsabilidad patrimonial del Estado.

Además, **habrá que tener en cuenta que esta doctrina tiene sus propias características cuando se trata de hacer uso de ella frente a una empresa de capital público** -normalmente empresas municipales-, pues no debe olvidarse que la Adminis-

“Existen casos en los que se ha intentado inscribir en el Registro de la Propiedad embargos de fincas a nombre de sociedades por deudas de sus socios, en base a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, en tales casos se ha determinado que la competencia para levantar el velo societario corresponde al juez y no al registrador de la propiedad”

tración goza de la presunción de que actúa con buena fe y para satisfacer los intereses generales, según artículo 103 de la Constitución Española y la propia Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. En tal sentido se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 que resuelve un caso en que una entidad público-municipal había desatendido el pago de una serie préstamos concedidos por una entidad bancaria y esta, ante el impago, acude a su reclamación judicial no sólo contra la entidad municipal sino también contra el Ayuntamiento, titular del 100% de sus participaciones. Y, si bien tanto la sentencia de primera instancia como de la Audiencia Provincial estimaron la demanda y condenaron al Ayuntamiento, el Supremo la desestima entendiéndolo que no concurren los requisitos exigidos pues *“la Administración goza de la presunción de que actúa con buena fe y para satisfacer los intereses generales y de que los actos de la Administración gozan de la presunción de validez y legalidad, lo que supone imponer una mayor carga de la prueba del abuso o fraude”*.

De hecho alguna sentencia como la de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1993 niega la posibilidad de su aplicación contra el

Estado y sus organismos autónomos manifestando que *“la doctrina del levantamiento del velo, que parte de la existencia de mala fe, actuar fraudulento o abusivo en la personalidad jurídica para evitar responsabilidades, tampoco puede trasladarse al Estado y sus organismos autónomos, pues en modo alguno pueden achacársele tales conductas en la organización de sus instituciones”*.

Por último, **también existen casos en los que se ha intentado inscribir en el Registro de la Propiedad embargos de fincas a nombre de sociedades por deudas de sus socios, en base a la aplicación de la doctrina en cuestión. En tales casos se ha determinado que la competencia para levantar el velo societario corresponde al juez y no al registrador de la propiedad.** Esta ha sido la conclusión en diferentes ocasiones repetida por la Dirección General de los Registros y del Notariado como, por ejemplo, ocurre en la Resolución de 29 de junio de 2017 (BOE núm. 175 de 25 de julio siguiente) en la que se debatía básicamente la posibilidad, en base al levantamiento del velo, de ser inscrito un embargo sobre unas fincas inscritas a nombre de una sociedad mercantil cuando el procedimiento de ejecución se había dirigido contra

ÁMBITO PENAL

“En el ámbito penal podemos encontrar un frecuente recurso a la doctrina del levantamiento del velo, principalmente en materia de derecho penal económico, delitos fiscales, así como en las piezas de responsabilidad civil”

En el ámbito penal podemos encontrar un frecuente recurso a la doctrina del levantamiento del velo, principalmente en materia de derecho penal económico, delitos fiscales, así como en las piezas de responsabilidad civil, donde la ejecución de las acciones tipificadas tiene lugar precisamente mediante la interposición de sociedades aparentes.

uno de los socios. La DGRN confirma la decisión del registrador que negó la inscripción al entender que la finca, al constar a nombre de la entidad y no del propio deudor, el embargo de las participaciones del socio no podía

conllevar el embargo del patrimonio de la sociedad, pues *“esa decisión, que tiene que tomar el juez, sobre el levantamiento del velo, no puede adoptarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien”*.

Obviamente la aplicación se hace respetando el cuerpo de doctrina creado por la jurisdicción civil y sin olvidar el omnipresente carácter restrictivo de la misma, como lleva a cabo la sentencia

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, LORENZO. *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Ed. Colex, 1997
- BOLDÓ RODA, CARMEN. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Rev. Derecho de Sociedades-Monografía, Ed. Aranzadi, 1997
- CARRANZA ROBLES, JUAN JOSE. *Análisis de la responsabilidad tributaria por levantamiento del velo*. Memoria para optar al grado de doctor. 2016
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. *La doctrina del levantamiento del velo y las sociedades interpuestas*, Estudios de Deusto, vol. 43/2, jul-dic., 1995
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local*. Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, Mayo-diciembre, 1997
- HURTADO COBLES, JOSÉ. *La doctrina del levantamiento del velo*, Atelier Mercantil, 2.000
- HURTADO COBLES, JOSÉ. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Bosch Editorial, 2005

Disponible en www.casosreales.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MERINO GUERRA, CARLOS LUIS. *La doctrina del Levantamiento del velo*. Junio 2004. Economist&Jurist N° 81. (www.economistjurist.es)
- PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN. *La defensa frente a la invocación de la doctrina del levantamiento del velo*. Septiembre/octubre 1997. Economist&Jurist N° 27. (www.economistjurist.es)

de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2018 en un supuesto de alzamiento de bienes.

En materia de elusión fiscal podemos citar la reciente y conocida Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2018 (caso Nóos) según la cual, a través de una diferente sociedad se ocultaron ingresos que eran propios de otra. O la más reciente de la misma Sala de fecha 18 de septiembre de 2018 sobre elusión del impuesto especial de hidrocarburos.

También podemos su aplicación en materia de delitos de malversación de caudales públicos para aclarar si se está ante un funcionario público o no. Así la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2018 que manifiesta: *“No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal.”* O en materia de delitos de apropiación indebida como en la sentencia de la misma Sala de fecha 21 de febrero de 2017 o de 30 de noviembre de 2016.

Y con similar contundencia viene siendo aplicado el levantamiento del velo en delitos de blanqueo de capitales. Así, a título de ejemplo, la sentencia del Supremo de fecha 22 de octubre de 2013.

En definitiva, **podemos decir que en este ámbito de lo penal apreciamos un recurso cada vez mayor al empleo de la doctrina del levantamiento del velo, principalmente para la persecución de delitos cometidos mediante la interposición de sociedades pantalla o de fachada**

y que, a buen seguro, podría venir propiciado por la exhortación a su uso a los fiscales llevada a cabo por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de 1 de junio de 2011. ■



CONCLUSIONES

- A día de hoy existe una entera confirmación y empleo progresivo de la doctrina del levantamiento del velo en todos los ámbitos, principalmente civil, mercantil, social, tributario y penal hasta poderse afirmar que se ha convertido en una institución de creación judicial plenamente integrada en nuestro derecho
- Esta integración y amplio uso no necesariamente significa una mayor delimitación y especificación de la misma, hasta el punto de que actualmente doctrina y jurisprudencia coinciden en la necesidad tanto de evitar su uso abusivo como de una mayor concreción de la doctrina

CONCLUSIONES Y DILIGENCIAS FINALES EN EL NUEVO JUICIO VERBAL



Juan Antonio Távara Zariquiey. Abogado

SUMARIO

1. Las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil vigentes desde el 7 de octubre de 2015: Ley n° 42/2015, de 5 de octubre
2. El nuevo juicio verbal: el trámite escrito es la regla y el trámite oral la excepción
3. La regulación del trámite de conclusiones en el nuevo juicio verbal: una facultad del órgano jurisdiccional
4. En materia de diligencias finales todo sigue igual

EN BREVE

Hace ya tres años que entraron en vigor las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil implementadas por la Ley n° 42/2015, de 5 de octubre. Si bien el objeto central de dicha ley era adaptar los procesos y procedimientos judiciales a los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación, lo cierto es que el legislador aprovechó la reforma para introducir importantes modificaciones en la regulación del juicio verbal y los distintos incidentes que deben ser tramitados bajo sus reglas.

LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTES DESDE EL 7 DE OCTUBRE DE 2015: LEY N° 42/2015, DE 5 DE OCTUBRE

Conforme al Preámbulo de la indicada Ley n° 42/2015, las modificaciones

al juicio verbal persiguen “la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos”.

EL NUEVO JUICIO VERBAL: EL TRÁMITE ESCRITO ES LA REGLA Y EL TRÁMITE ORAL LA EXCEPCIÓN

Probablemente el cambio más impactante en la regulación del juicio verbal es el que determina que la contestación

de la demanda tenga lugar por escrito y que sólo se celebre vista oral si así lo solicitan expresamente las partes (aunque también puede acordarse de oficio). No olvidemos que el juicio verbal debe su denominación a que –hasta la reforma de 2015- su trámite era esencialmente oral. Se iniciaba con demanda sucinta que era contestada verbalmente por el demandado en la misma vista judicial en la que se fijaban hechos controvertidos, se ofrecían medios de prueba y se actuaban aquellos que habían sido admitidos. Esto es, la controversia se componía y desarrollaba en unidad de acto. Para persuadir al tribunal y defenderse, las partes y sus abogados se veían obligadas a un ejercicio de síntesis y agilidad francamente complejo.

Dicho trámite, esencialmente oral y unitario, se justificó en el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil reserva para el juicio verbal los litigios caracterizados *“en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico”*. Aún así, la realidad terminó por demostrar que las controversias sometidas al juicio verbal no siempre fueron sencillas y que el interés económico reducido no necesariamente descarta la complejidad del objeto de debate.

De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 el legislador reconocía

“En las controversias tramitadas por los cauces del procedimiento ordinario, el trámite de conclusiones no es una simple facultad del órgano jurisdiccional, sino un derecho de las partes. Su incumplimiento comporta un vicio procesal susceptible de nulidad por afectar el derecho de defensa de aquellas”

////////////////////////////////////

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Arts.; 182 a 193, 433, 435, 443 a 447, 460.2.2º, 464, 514, 560, 734, 753, 809.2, 811.5, 818, 826
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 6928029). Art.; Único.56
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Art.; 4
- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Art.; 24
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Legislación. Marginal: 69726851). Arts.; 238.3, 240.1

“Antes de dictarse sentencia, a instancia de parte y excepcionalmente de oficio, se acuerda la práctica de diligencias finales para la actuación de medios de prueba que no se hubieran podido actuar en el acto de juicio por causas ajenas a la parte que lo solicita”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 5 de junio de 2018, núm. 404/2018, N° Rec. 366/2017, (Marginal: 70426576)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 10 de abril de 2018, núm. 211/2018, N° Rec. 492/2017, (Marginal: 70482269)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29 de septiembre de 2016, núm. 235/2016, N° Rec. 124/2016, (Marginal: 70422906)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 21 de abril de 2016, núm. 208/2016, N° Rec. 134/2016, (Marginal: 70275584)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 20 de noviembre de 2015, núm. 312/2015, N° Rec. 497/2015, (Marginal: 70404771)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 19 de junio de 2009, núm. 219/2009, N° Rec. 563/2008, (Marginal: 70404772)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2008, núm. 1072/2008, N° Rec. 813/2005, (Marginal: 229905)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 23 de enero de 2004, núm. 12/2004, N° Rec. 302/2003, (Marginal: 70404766)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 19 de noviembre de 2003, núm. 153/2003, N° Rec. 309/2003, (Marginal: 70404772)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 13 de junio de 2001, núm. 398/2001, N° Rec. 267/2001, (Marginal: 70383033)

expresamente que “si, tras las iniciales alegaciones de las partes, se acude de inmediato a un acto oral, en que, antes de dictar sentencia también de forma inmediata, se concentren todas las actividades de alegación complementaria y de prueba, se corre casi siempre uno de estos dos riesgos: el gravísimo, de que los asuntos se resuelvan sin observancia de todas las reglas que garantizan la plena contradicción y sin la deseable atención de todos los elementos que han de fundar el fallo, o el consistente en que el tiempo que en apariencia se ha ganado acudiendo inmediatamente al acto de juicio o vista se haya de perder con suspensiones e incidencias, que en modo alguno pueden considerarse siempre injustificadas y meramente dilatorias, sino con frecuencia necesarias en razón de la complejidad de los asuntos”.

Vista la confirmación práctica de los riesgos anunciados por el legislador, era absolutamente necesario modificar aspectos esenciales de la regulación del juicio verbal para garantizar el derecho constitucional a la *tutela judicial* efectiva de las partes. Todo esto a pesar de que, a tenor de la nueva regulación, **deja de tener sentido que el indicado procedimiento declarativo de menor cuantía se siga denominando “juicio verbal”**. La oralidad ha dejado de ser la regla y actualmente las controversias tradicionalmente sometidas a dicho cauce procedimental se componen y desarrollan básicamente por escrito.

Es así que **a partir de octubre de 2015 el procedimiento se inicia con una demanda que debe cumplir los mismos requisitos previstos para el juicio ordinario** (la única excepción son los de cuantía inferior a 2.000 euros); **la contestación de la demanda tiene lugar por escrito en el plazo de diez días contados desde el emplazamiento; se admite la reconvencción y también la contestación formal a la alegación de**

nulidad y/o compensación de créditos; la vista sólo tiene lugar si así lo solicitan expresamente las partes, y en ésta se fijan puntos controvertidos, se aportan y admiten medios de prueba, y también se actúan los admitidos que lo requieran; contra la admisión o inadmisión de medios de prueba debe interponerse recurso de reposición que será resuelto verbalmente en la vista, y contra la desestimación del mismo cabe formular protesta a los efectos de la segunda instancia.

LA REGULACIÓN DEL TRÁMITE DE CONCLUSIONES EN EL NUEVO JUICIO VERBAL: UNA FACULTAD DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Además de todo lo antes expuesto, atendiendo a los reclamos de los distintos operadores jurídicos, en el nuevo juicio verbal también se regula expresamente la posibilidad de formular conclusiones orales al finalizar la actuación de medios de prueba. No obstante, **el redactado final de la norma determina que dichas conclusiones orales son una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y no un derecho de las partes.**

En referencia a dicho trámite de conclusiones en el nuevo juicio verbal, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia el 29 de septiembre de 2016:

“En el juicio verbal no está legalmente previsto un trámite de réplica a las alegaciones de la contraparte, ni tampoco un trámite preceptivo de conclusiones encaminadas a la valoración crítica de las pruebas practicadas y a la fijación de los hechos relevantes que fundamenten las respectivas pretensiones. A raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2015, en vigor desde el 7 de Octubre de dicho año, el Art. 447.1 LECivil faculta, que

“Las conclusiones orales en el nuevo juicio verbal son una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y no un derecho de las partes”

no impone, al Juzgador para conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente sus conclusiones”.

Hace ya algunos años, cuando aún no había operado la reforma de 2015 que ahora comentamos, abordamos críticamente la posibilidad de exigir y realizar en sede del juicio verbal tanto el correspondiente trámite de conclusiones una vez actuados los medios de prueba, como las diligencias finales respecto de aquellos que no se hubieran podido actuar regularmente en el acto de la vista por causa no imputable a las partes. Lamentablemente, a pesar de la reforma integral de la regulación del juicio verbal, nada ha cambiado.

Es verdad que el nuevo redactado del artículo 447.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece expresamente que *“practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones”*, y esto podría parecer un avance importante en comparación con el anterior redactado de la misma norma que ni mencionaba tales conclusiones. No obstante, la inclusión del verbo “podrá” en el nuevo redactado, entendido aquel como la capacidad o facultad de ejecutar una acción, determina que **no estamos ante un derecho de las partes sino ante un poder - facultad exclusiva del órgano jurisdiccional, que rechazará fundadamente el trámite de conclusiones si no lo considera necesario una vez actuada la prueba admitida en el juicio verbal.**

Sobre dicho nuevo redactado también se ha pronunciado la Sección 1ª

de la Audiencia Provincial de Almería en la sentencia dictada el 10 de abril de 2018:

“El artículo 447.1 de la LEC, articula el modo en que se ha desarrollar la vista de un juicio verbal. En él, no se incluye de forma expresa e imperativa, que las partes tengan derecho a un trámite de informe de conclusiones, a diferencia de lo previsto para el Juicio Ordinario”.

En efecto, si revisamos el redactado del artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el desarrollo del acto de juicio en un procedimiento ordinario, verificamos que éste se refiere específicamente al trámite de conclusiones orales como un derecho de las partes en relación a los hechos controvertidos, la prueba producida y las eventuales presunciones legales que resulten de aplicación al caso concreto.

Esto es, **en las controversias tramitadas por los cauces del procedimiento ordinario, el trámite de conclusiones no es una simple facultad del órgano jurisdiccional, sino un derecho de las partes. Su incumplimiento comporta un vicio procesal susceptible de nulidad por afectar el derecho de defensa de aquellas.**

Técnicamente nada justifica que el trámite de conclusiones sea obligatorio en un procedimiento ordinario y facultativo en un juicio verbal. No olvidemos que en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se advierten los riesgos de simplificar indebidamente las

controversias sometidas a un juicio verbal, y en el apartado IV del Preámbulo de la Ley nº 42/2015, de 5 de octubre, se justifica la reforma para reforzar las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, llegando inclusive a referirse a la relevancia de –ahora sí– regular el “*trámite de conclusiones en el juicio verbal*”.

Es más, la indicada nueva redacción del artículo 447.1 es contraria al Acuerdo Complementario adoptado por mayoría (15 votos a favor y 7 en contra) en la “*Jornada de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid*”, realizada el 23 de septiembre de 2004. En dicho Acuerdo se concluía que “*en el Juicio Verbal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 185.4 LECiv, es preceptivo, salvo renuncia de las partes, el trámite de conclusiones tras la práctica de la prueba*”.

En efecto, como ya señalamos años atrás, el artículo 185.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ubicado en la Sección 2ª del Capítulo VII del Título V del Libro I, referido a la regulación general de las vistas en el proceso civil, establece expresamente que concluida la práctica de la prueba se deberá conceder la palabra a las partes para “*formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas*”, lo que permite afirmar que el trámite de conclusiones en un juicio verbal ha estado siempre reconocido por las normas procesales.

Visto todo esto, resulta contradictorio que el legislador haya reconocido reiteradamente –en el 2000 y en el 2015– la posible insuficiencia de la regulación del juicio verbal para garantizar la *tutela judicial efectiva* de las partes, pero al mismo tiempo se niegue a reconocerles el derecho a formular conclusiones en relación a la prueba producida en el acto de la vista, dejando ese trámite al criterio subjetivo del órgano jurisdiccional de turno.

De hecho, tras la reforma operada en 2015, se hace mucho más complicado para las partes acceder al trámite de conclusiones en un juicio verbal. Antes de dicha reforma, las partes podían invocar el citado artículo 185.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; poner en valor el Acuerdo Complementario adoptado en la “*Jornada de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid*”; o inclusive solicitar –vía artículo 4 del Código Civil– la aplicación al juicio verbal, por analogía, de lo dispuesto para el juicio ordinario en el artículo 433 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, ahora y desde octubre de 2015, al existir norma específica (artículo 447.1) que regula como facultad del órgano jurisdiccional dicho trámite de conclusiones, las partes están impedidas de cuestionar válidamente el criterio subjetivo del tribunal cuando se denieguen tales conclusiones, las mismas que seguimos considerando esenciales por referirse a la prueba producida en la vista en relación con los hechos que son objeto de controversia.

El estado actual de la cuestión se recoge perfectamente por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón en la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2015:

“El texto legal a aplicar es el de los artículos 826 y 447 de la ley procesal civil previos a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, que modifica el art. 447 LEC, en sede de regulación del juicio verbal, para disponer que es facultativo del tribunal conceder el llamado turno de conclusiones (“podrá” dice ahora la norma), por lo que la que ahora resolvemos es cuestión que no debería plantearse bajo la vigencia del nuevo texto legal. (...) Sobre esta cuestión de la necesidad de cumplir el citado trámite en los supuestos en que se siguen las normas que regulan el procedimiento del juicio verbal ya nos hemos pronunciado en la Sentencia dictada por esta Sección 3ª en fecha 19 de noviembre

de 2003, en la que se expone de forma razonada el criterio de la aplicabilidad de lo establecido en los artículos 182 a 193 a todos aquellos supuestos en que se prevé el trámite de vista, mantenido también en otras resoluciones posteriores, como la Sentencia de fecha 23 de enero de 2004 y la invocada por la parte apelante de 19 de junio de 2009.

Lo dicho en estas resoluciones debe reproducirse ahora para resolver la petición de declaración de nulidad de actuaciones, por cuanto nos encontramos ante un supuesto en que la parte apelante denuncia el vicio de no haberle concedido la palabra a fin de pedir efectuar alegaciones tras la práctica de las pruebas (...).

Pues bien, como en la resolución antes citada dijimos y ahora reiteramos, aunque del tenor literal del art. 447.1 (“Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista...”), parece que deriva que no es necesaria la concesión a las partes de un nuevo turno de palabra para rectificar hechos o conceptos o formular alegaciones sobre el resultado de las pruebas practicadas, sin embargo, dicho precepto debe ponerse en relación con las normas sobre la vista de los arts. 182 y ss. LEC. Así lo afirma también la sentencia de la AP Zaragoza, sección 5ª, de 13 de junio de 2001 (JUR 2001/228566): “En rigor el artículo 447-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 deja claro que tras la práctica de las pruebas se dará por terminada la vista. Pero si se quiere encontrar en el artículo 185-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cobijo para ese trámite de conclusiones, lo que cabalmente admite este último precepto es una mera valoración de las pruebas practicadas”.

En efecto, las normas sobre la vista en el juicio verbal (arts. 443 a 447) deben valorarse o integrarse junto con las previstas con carácter general en la LEC (arts. 182 a 193). (...) el art. 185.4 LEC regula con carácter preceptivo que

el Juez o Tribunal, después de practicada la prueba, conceda de nuevo la palabra a las partes para el anteriormente llamado trámite de conclusiones y ahora de alegaciones. Ello es consustancial al principio de contradicción o audiencia que preside todos los procesos y que desde una perspectiva constitucional viene contemplado en el art. 24.1 CE, cuyo contenido esencial está integrado por la necesidad de ser oído y que no puede vulnerarse por un procedimiento en la actualidad predominantemente oral, en el que el juez se pone en contacto directo e inmediato con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes. En efecto, como afirma la doctrina procesalista la oralidad es también concentración, hasta el punto que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de actos procesales (MONTERO AROCA), de tal modo que éstos deben desarrollarse en una sola audiencia, o en pocas próximas temporalmente entre sí, siendo el “ideal de todo procedimiento (...) la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto”. Y la vulneración

de este derecho a ser oído se produce en el presente caso, cuando se priva de la posibilidad de valorar las pruebas practicadas conforme al art. 185.4 LEC .

A esta conclusión también conduce una acertada interpretación sistemática de la LEC (MARIMON DURA), quien tras su análisis concluye que de todos los preceptos que regulan la vista en los distintos procedimientos (arts. 443, 464, 514, 560, 734, 753, 809.2 y 811.5, 818, 826) el único que no se remite al trámite del juicio verbal es el art. 734, que regula la vista para la audiencia de las partes en los procedimientos para la adopción de medidas cautelares, por lo que los arts. 182 a 193 LEC (De las vistas) no deben estar pensados o no pueden quedar reducidos únicamente para este supuesto, sino para todos aquellos en los que se prevé el trámite de vista.

Conforme a lo dicho, procede la estimación del recurso, declarando la nulidad de la Sentencia y la reposición de las actuaciones al momento posterior a la práctica de la prueba en el acto de la vista, conforme a lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240.1 de la L.O.P.J.”.

EN MATERIA DE DILIGENCIAS FINALES TODO SIGUE IGUAL

El panorama no parece más alentador en materia de diligencias finales en el juicio verbal. La Ley nº 42/2015 no presta atención a las mismas y pese a los importantes cambios ocurridos en la regulación del juicio verbal, el legislador no se pronuncia ni siquiera indirectamente sobre la posibilidad de practicar diligencias finales en los asuntos de menor cuantía.

Las diligencias finales se encuentran reguladas en el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula específicamente la etapa resolutive en los juicios ordinarios. Dicha norma procesal contempla la posibilidad de que **antes de dictarse sentencia, a instancia de parte y excepcionalmente de oficio, se acuerde la práctica de diligencias finales para la actuación de medios de prueba que no se hubieran podido actuar en el acto de juicio por causas ajenas a la parte que lo solicita.** Es más, el numeral 2º de la citada norma procesal, prevé



acertadamente la gestión oficiosa de la prueba por el tribunal, que procederá cuando la actividad probatoria de las partes haya resultado insuficiente para que aquel pueda resolver con certeza sobre el fondo de la controversia.

A diferencia del trámite de conclusiones, **no existe norma general en materia de diligencias finales susceptible de aplicarse directamente al juicio verbal.** De hecho, el Acuerdo 6º aprobado por mayoría (20 votos a favor y 3 en contra) de la ya referida “*Jornada de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid*”, determinó que “*en el juicio verbal no cabe la posibilidad de diligencias finales, al no ser un trámite previsto para ese procedimiento, sin que sea invocable el artículo 460.2.2º LECiv, en este tipo de procedimientos, salvo aquellos juicios especiales en los que el Juez puede acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas*”.

Una vez más, no resulta lógico ni comprensible que nuestro legislador por un lado entienda que en un juicio ordinario pueden presentarse circunstancias excepcionales que impidan practicar una prueba admitida, y por otro, descarte dichas circunstancias en la tramitación de un juicio verbal ¿es

que sólo en los temas de mayor cuantía es atendible el derecho de las partes a producir prueba sobre los hechos objeto de controversia?

La doctrina especializada coincide al destacar que “*el derecho a la prueba se presenta como uno de los elementos esenciales que configuran un proceso justo*”, por lo que entendemos que el cauce procedimental específico carece de relevancia y en todos los casos deben prevalecer los derechos fundamentales de las partes, máxime cuando nos encontramos ante procesos declarativos en los que es imperativa la necesidad de aportar y producir prueba a fin de persuadir al tribunal sobre la certeza de los hechos que se invocan en defensa de una u otra parte.

Dicho esto, resulta muy relevante advertir que en los últimos años la postura de los tribunales ante las diligencias finales en el juicio verbal parece ser algo más razonable. **Nada se podrá hacer si el tribunal deniega esas diligencias sobre la base de que las mismas son una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional y que las mismas no se encuentran previstas para el juicio verbal, pero en la práctica encontramos jueces que las acuerdan, con el posterior**

visto bueno de la correspondiente Audiencia Provincial que resuelve una eventual apelación.

De hecho, con base en una Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria, en sentencias dictadas en julio y diciembre de 2017, ha declarado admisible que en un juicio verbal puedan acordarse diligencias finales:

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12/11/08, en un supuesto en el que tampoco se prevén las Diligencias Finales cual es en la segunda instancia, considera que “si faltan pruebas, deben practicarse las diligencias finales que prevé el artículo 435 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y que no se contemplan para el juicio verbal...pero que tampoco están prohibidas ya que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española frente a una imprevisión de la ley”.

En sentido similar se pronunció la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en abril de 2016 al referir que en el marco de un juicio verbal “*la Juez era libre para decidir o no la práctica de la diligencia final solicitada*”.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- XAVIER ABEL LLUCH - JOAN PICÓ I JUNOY. *Problemas actuales de la prueba civil*. Ed. JM Bosch Editor.

Disponible en www.casosreales.es

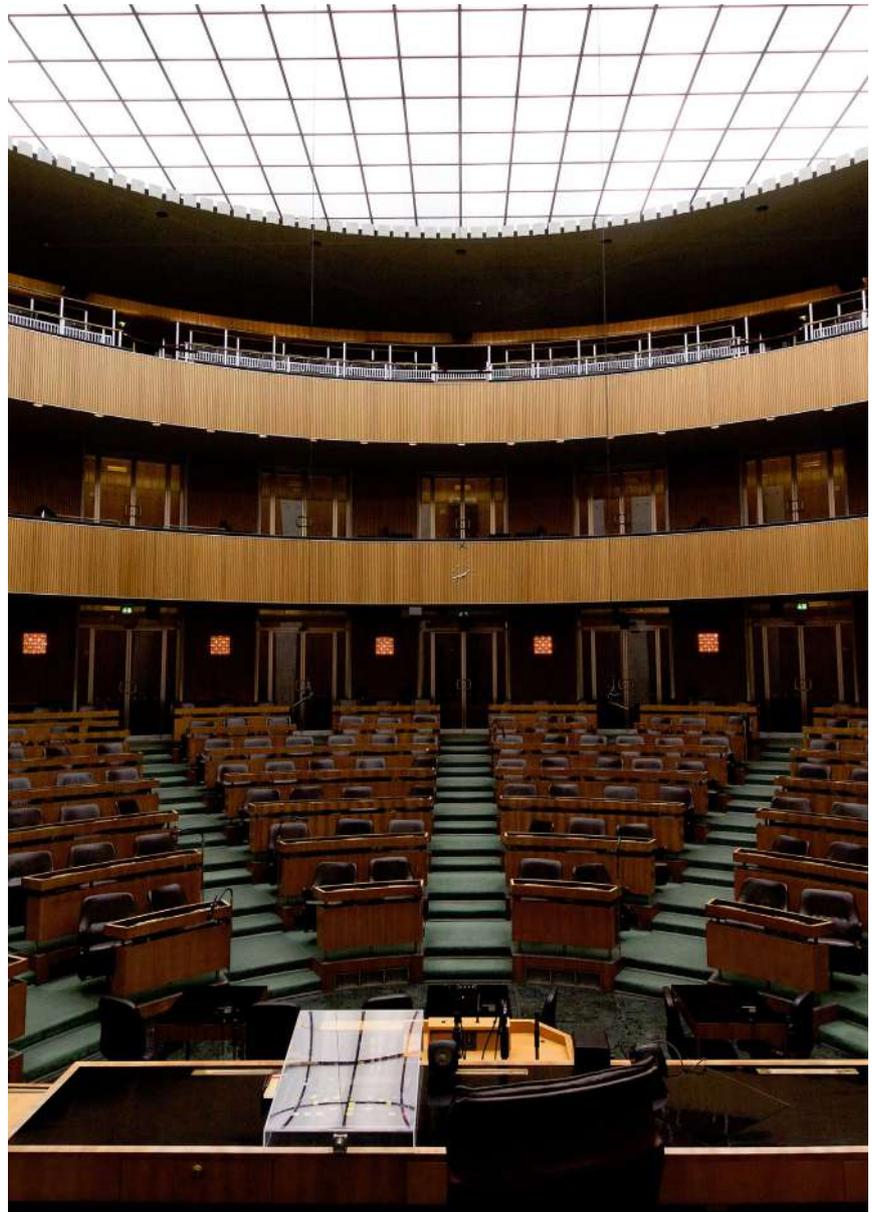
ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS. *El juicio ordinario en la LEC 1/2000*. Mayo 2001. *Economist&Jurist* Nº 50. (www.economistjurist.es)
- PUJANTE MITJAVILA, JORDI Y DE LA CAPILLA HEUSCH, ALICIA. *Funcionamiento práctico del juicio verbal*. Diciembre-enero 2015. *Economist&Jurist* Nº 186 (www.economistjurist.es)

Aún así, después de la reforma, está claro que persisten y prevalecen los motivos en sentido contrario, como lo expresa la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en una reciente sentencia de 5 de junio de 2018, en la que se niega la existencia de un vicio procesal por no practicarse diligencias finales en un juicio verbal:

“Aunque a partir de la modificación de la LEC operada en virtud del Art. Único 56 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el art.447.1 LEC prevé la posibilidad de conceder a las partes trámite de conclusiones, una vez practicadas las pruebas, no se ha previsto, en cambio, la posibilidad de acordar diligencias finales”.

En nuestra opinión, **la ausencia de una norma específica que autorice expresamente la actuación de un medio de prueba pertinente en un acto posterior a la vista del juicio verbal no debe significar impedimento alguno para hacerlo, máxime cuando nos encontramos ante un derecho tan esencial como la prueba y la necesidad de que el tribunal cuente con todos los elementos necesarios para resolver la controversia con convicción y certeza suficientes.** ■



CONCLUSIONES

- Como sostiene el profesor Reynaldo Bustamante en su obra “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”: “el proceso – o el procedimiento- para ser justo, no puede ser conducido en términos estrictamente formales, mecánicos, o conforme a un ritualismo caprichoso, que deje de lado las particulares cuestiones del caso concreto o privilegie las formas por encima de los temas de sustancia, a no ser, en este último caso, que las formas sean razonables y que con su cumplimiento se busque cautelar un derecho o evitar que se produzca un agravio”. Esto es “debe privilegiarse el cumplimiento de la finalidad de las formas sobre el cumplimiento de las formas propiamente dichas”
- Por tanto, es imperativo atender a los derechos que regulan las normas procesales para darles un contenido real y eficiente. No hay duda de que la reforma del juicio verbal ocurrida con la Ley nº 42/2015 ha sido importante y era necesaria, pero seguimos sin comprender la negativa del legislador a atender a todas las necesidades que la experiencia ha demostrado indispensables también para los juicios de menor cuantía, máxime cuando están en juego las garantías esenciales del debido proceso

LA NEGOCIACIÓN CON EL ABOGADO CONTRARIO



José Luis Vilaplana Villajos. Abogado. Formador. Presidente Asociación Andaluza Compliance. Secretario Asociación Abogados Andalucía.

SUMARIO

1. La figura del abogado de hoy en día
2. La formación en negociación como valor añadido del abogado ejerciente
3. Ventajas de alcanzar un acuerdo que evite la contienda judicial
4. Habilidades específicas del abogado negociador
5. Cualidades. Herramientas. Actitudes. Técnicas. Estilos. Tipos de Cierre



Lejos quedo la figura del abogado “simplemente litigante”, los escenarios han cambiado, la estructura de la administración de Justicia,- la lentitud y la incertidumbre como elementos de esta ecuación- los intereses de los clientes y su necesidad de una satisfacción inmediata, los costes del retraso y la sensación “real” de que el tiempo en la solución del conflicto no es Justicia, ni Justo, nos hace ser abogados solucionadores de problemas más que nunca, y el que antes lo soluciona, mejor valoración tendrá.

LA FIGURA DEL ABOGADO DE HOY EN DÍA

Muy lejos quedo la figura del abogado que se sentaba detrás de su mesa de caoba, esperando que llegara el cliente llamando a su puerta, escondido detrás de sus infinitos expedientes sobre su mesa de trabajo, **hoy en día un abogado eficiente es el que menos expedientes tiene encima de la mesa, ya sea porque los soluciona rápido y con plena satisfacción para su cliente o por una cuestión puramente tecnológica, todos y cada uno de los expedientes, debidamente digitalizados y fácilmente localizables desde la pantalla del ordenador, en fin un cambio de estructura mental, que es el que hoy en día los recién licenciados que inician esta bellísima profesión ya lo tienen asumido pero que los que peinamos canas, unos ya lo venimos haciendo por convencimiento y otros lo tendrán que hacer por “narices” y los que no, ya les queda poco por estar.**

En fin, no sobrevive la especie más fuerte sino la que mejor se adapta, y los abogados somos una especie fuerte y suficientemente bien formada para adaptarnos a todo, literalmente a todo Incluso a que nuestro Tribunal Supremo pueda “cambiar de opinión” en 24 horas.

LA FORMACIÓN EN NEGOCIACIÓN COMO VALOR AÑADIDO DEL ABOGADO EJERCIENTE

Entonces si esto puede pasar, cuando nuestro Más Alto Tribunal después de un proceso que en el mejor de los casos

“La finalidad del acuerdo es cerrar la contienda del problema, pero este cierre, debe hacerse en forma segura y con firmeza, y para que sea aceptado debe satisfacer un número suficiente de las necesidades de la otra parte”

ha durado entre 3 y 5 años adopta un criterio, y ese criterio puede verse modificado en apenas 24 horas. 5 años para llegar, 24 horas para cambiar.

La negociación para evitar la incertidumbre judicial, lo que se llama la Inseguridad jurídica, es una baza inevitablemente necesaria, más allá de los que desde siempre hemos tenido el convencimiento de que un “buen acuerdo es mejor que un mal pleito” y os llamo la atención que digo “buen acuerdo” no “mal acuerdo” que es el que enarbola el acervo popular, pues cuando se negocia no se debe buscar un “mal acuerdo” que me evite el juzgado, se debe buscar el buen acuerdo que satisfaga y ofrezca a nuestro cliente el mejor acuerdo en el mejor de los escenarios del que obtenga y se le explique el mejor resultado posible puestos en relación todos los elementos que deben ser

“No se puede tratar de utilizar siempre el mismo esquema de negociación, pues no hay dos asuntos iguales y cada uno de ellos exige un trato determinado, existen multitud de estudios sobre los estilos de negociación, pero nos quedaremos en este caso con las más usadas en nuestro sector”

tenidos en cuenta, partes implicadas, pruebas que se tienen y las que se puedan obtener, legislación y jurisprudencia a favor y en contra –en ese momento- y otros elementos a considerar que iremos viendo.

Así las cosas, cómo vamos a desechar en nuestro portfolio de habilidades profesionales la formación específica en Negociación, si bien es cierto que en las universidades no eran asignaturas de las que se les prestara especial atención, yo diaria, ninguna, pues yo vengo del plan de derecho de 1965, y aquí sí es verdad que mucho derecho civil, mercantil, contencioso administrativo laboral, fiscal, Historia del derecho y un implacable Derecho Romano, acabando con “marías muy cualificadas” como todo un Derecho Canónico, con dura pugna con la gran “maría”; el Derecho agrario. En fin una cantidad y calidad de conocimiento científico, quizá el que falte hoy en día, pero puestos a adaptarnos, hoy en día se exigen habilidades como la negociación, la gestión del tiempo, el marketing y gestión de despacho, las técnicas de interrogatorio, es decir habilidades de un abogado en ejercicio que si tiene necesidad de formación doctrinal tiene una base de datos enorme a través de infinidad de plataformas que le ayudaran en el día a día, pero la profesión ha cambiado, o te adaptas o te cambias de profesión.

En la actividad diaria del abogado ejerciente litigante vamos a plantearnos un modelo de negociación distinta, pues el éxito o fracaso de la misma se aboca a la continuación del conflicto ya en sede judicial, y así, lo desarrollado en la negociación previa puede tener un efecto directo en la vía jurisdiccional. Positiva o negativamente, pero efecto al fin y al cabo en función de nuestras habilidades o carencia de ellas.

Cuando hablamos del proceso de negociación es inevitable pensar en un escenario en el que existe un conflicto o discusión que será objeto de solución a través de las técnicas y habilidades negociadoras. Sin embargo, diariamente realizamos innumerables interacciones en las que, sin existir conflicto alguno, los intervinientes, aun sin saberlo, actúan siguiendo las premisas de un verdadero proceso de negociación, de forma que a través del mismo aquellas alcanzan soluciones rápidas y satisfactorias a diversas situaciones que requieren de una determinada respuesta.

Las habilidades personales y aprendidas, que tenga este modelo de abogado al que nos referimos diferenciara de manera clara al abogado sin la formación adecuada, inclinando el resultado de la negociación y del asunto al lado más “formado”.

VENTAJAS DE CERRAR EL ACUERDO EVITANDO LA CONTIENDA JUDICIAL

Entre las ventajas para alcanzar un acuerdo vía negociación, encontramos las siguientes:

- a. **Nuestra discusión y resolución del problema** –por obvio- se puede resolver más rápido, sobre todo en los casos en que las partes están de acuerdo en la mayoría de las cosas, y a veces no se llega a un acuerdo “simplemente” por esa falta de comunicación que suelen tener los seres humanos cuando se encelan en “su derecho”, o dicho en lenguaje más coloquial, la cabezonería.
- b. **Los costes se pueden reducir**, y en nuestro apartado como profesionales, debemos ser capaces también de explicar al cliente que nuestro trabajo cerrando ese acuerdo le hace ganar tiempo y dinero, y que si hemos llevado y planteado bien la negociación nuestros honorarios pueden ser elevados en función del éxito obtenido con la negociación, no temamos “defender” una buena negociación, como lo que es, un gran trabajo profesional.
- c. **A veces el acuerdo previo y cerrado de manera privada y confidencial**, evita una “segura” repercusión social que puede no ser buena para nuestro cliente, y el valor reputacional, pues hoy en día la reputación es un valor real a tener en cuenta y cuantificable.
- d. **Tenemos un control total sobre el resultado de la disputa**, conocemos de primera mano el problema y adoptamos el acuerdo personalizando el mismo a las partes implicadas, alejando la decisión a una tercera persona, “el juez” que incluso a veces cuando nos “da la razón, si nos la da” nos

la da condicionada o peor aún, resulta imposible de llevar dicha resolución a un efecto real y práctico.

- e. En casos de familia es evidente, que sustentar el acuerdo en que con el mismo se pueda conseguir una mejor relación con la otra parte, es el mejor de los acuerdos, sobre todo y sin duda, si tienen hijos en común.
- f. Por la propia eficacia de la resolución del problema, asumiendo que ambas partes aceptaron la solución, será más probable que ambas partes cumplan con lo que dice el acuerdo. Si lo hacemos depender de un juez se pondrán todas las pegas para evitar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

HABILIDADES ESPECÍFICAS DEL ABOGADO NEGOCIADOR

- a. Cualidades.
- b. Herramientas.
- c. Actitudes.
- d. Técnicas.
- e. Estilos.
- f. Tipos de Cierre.

Simplificando lo que se espera de este tipo de abogado, debemos tener claro que cuando se negocia uno no se enfrenta con personas sino con problemas. Cuando iniciamos una negociación, además de **marcarte el objetivo a conseguir**, debes preparar bien **la estrategia** a seguir, contemplando **múltiples escenarios** de acción en función de las reacciones de tu opositor.

Cualidades

Así una de las primeras cualidades del abogado litigante debe ser la extrema profesionalidad en la preparación del asunto. No sólo el tema en cuestión, la jurisprudencia y legislación aplicable al caso, y demás elementos que afectaran al resultado perseguido, sino también a quién tengo enfrente, el Juzgado y jurisdicción que le vaya a ser aplicable, si conocemos pronunciamientos al respecto, y muchos más elementos que compondrán nuestra fase preparativa de la negociación, pues si sabes a qué te enfrentas tendrás más seguridad a la hora de negociar.

Deberemos ser **buenos comunicadores** y tener muy claro lo que queremos transmitir. Antes de comunicar nuestra idea tenemos que pensar qué es exactamente lo que queremos decir. Esta comunicación no sólo debe ser excelente si no que aplicable y aplicada en función de los diferentes escenarios y los interpretes de la negociación. Tenemos que mirar al contrario a los ojos, leer sus reacciones, y ser capaces de cambiar la comunicación en todo momento en función de las reacciones que percibamos. Persuadir no es el objetivo, sino **estar convencidos y convencer**.

La empatía es esa cualidad que no solo debe formar parte del abogado litigante si no de cualquier persona, pero en el abogado negociador más, ser empático, que no simpático, aunque también, poder desarrollar relaciones de confianza, crear entornos propicios para la negociación.

Esforzarse en amplificar el **sentido común**, usando habilidades analíticas, la capacidad general de identificar los problemas, reconocer la información significativa, buscar y coordinar los datos relevantes para hacerse una **idea de la situación general y tomar las mejores decisiones**. Esto es la capacidad de procesar en poco tiempo toda la información y detectar cuál es el problema que frena el acuerdo que queremos conseguir.

Hay que ser tremendamente **creativo**, y tener capacidad de **reacción ante los imprevistos**, datos que no se tenían, documentos de última hora; ser capaz de pensar en soluciones razonables cuando surgen problemas y situaciones únicas. El abogado negociador debe estar alerta ante los imprevistos, reaccionar rápidamente y sobre la marcha valorar los efectos de hoy y para mañana.

Herramientas

En las **herramientas a usar** en la negociación no debemos olvidar que se dan y se desarrollan unas habilidades generales y otras específicas e incluso personales del abogado, para comunicar, analizar, ser flexible, considerar soluciones diferentes, ser objetivo, evaluar los riesgos y dar confianza a la otra parte.

No debemos dejar de reseñar que en esta fase se introducen elementos éticos y deontológicos, aunque parezca de perogrullo “no desdeñarse o incumplir la palabra dada”, ya que no debemos olvidar que esta actividad, la negociación, generará una reputación profesional que debemos poner en la balanza. Se dice en el foro, en nuestra actividad diaria, “que el cliente desaparece, el compañero permanece y te lo volverás a encontrar, seguro”, y como no, existen asuntos, mas “personales” que otros eso no cabe duda, pero el abogado en la negociación debe saber abstraerse

“Hoy en día un abogado eficiente es el que menos expedientes tiene encima de la mesa, ya sea porque los soluciona rápido y con plena satisfacción para su cliente o por una cuestión puramente tecnológica, todos y cada uno de los expedientes, debidamente digitalizados y fácilmente localizables desde la pantalla del ordenador”

de la vinculación personal, y no debe vincularse personalmente con el asunto y considerar beneficios particulares.

Actitudes

A la hora de negociar es preciso aplicar determinadas **actitudes y aplicar técnicas** propias de toda negociación pero adaptadas al abogado que intenta evitar el procedimiento, entre muchas: **La escucha activa** es una técnica o método de escucha y respuesta a otra persona que incrementa la mutua comprensión de los abogados que están conversando a través de un proceso de obtención de información que, respetando las emociones en juego, facilita enormemente la comunicación. Es un proceso que requiere escuchar con atención, empleando literalmente los cinco sentidos, concentrando toda nuestra energía en las palabras del otro abogado, a fin de transmitirle no solo que lo estamos entendiendo, sino que estamos verdaderamente interesados en su mensaje.

La **Asertividad** es la capacidad de hacer valer los propios derechos, sin dejarse manipular y sin manipular a los demás, o, lo que es lo mismo, respetándose a sí mismo y a los demás. No significa que con la negociación dejemos de expresar nuestra posición fuerte, llegado el caso sobre determinados puntos en el debate, pero sin que con esto se rompa la negociación.

Técnicas

Existen muchas maneras de plantear la técnica de las preguntas en una negociación a la otra parte –abogado- por

la extensión de este artículo las resumiremos en ¿Cómo hacer preguntas? Ya que las preguntas definen las tareas, expresan problemas y delimitan asuntos. Debes siempre perfeccionar tu pregunta.

- Ten en cuenta tu objetivo. ...
- Compara lo que sabes con lo que no. ...
- Busca los puntos que causen confusiones. ...
- Trata de ver el problema de todas las perspectivas. ...
- Investiga primero. ...
- Decide qué información necesitas. ...
- Busca a la persona correcta para preguntar.

Estilos

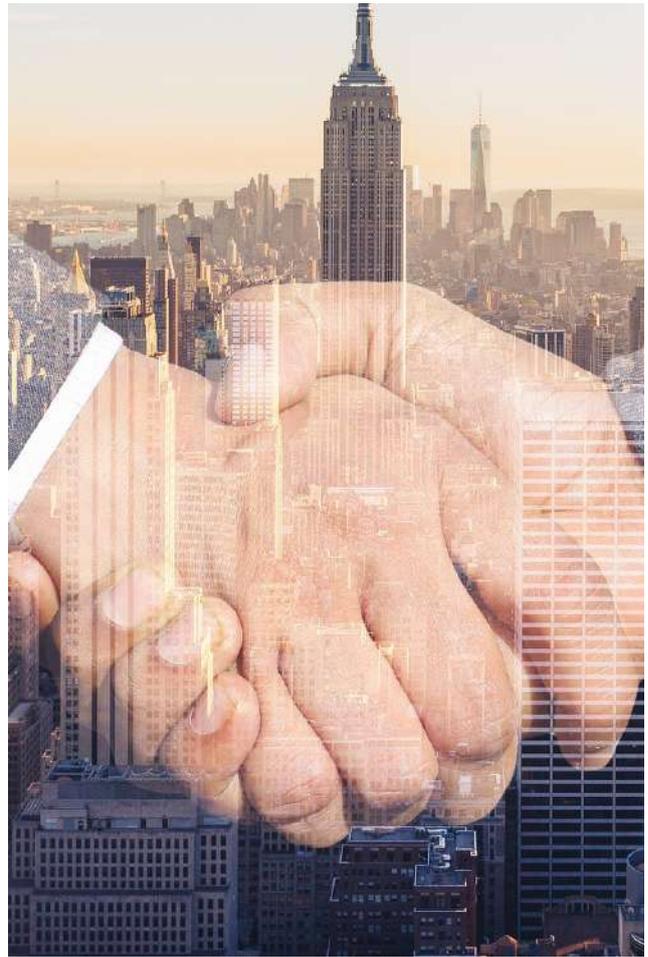
Cada negociación es diferente, y si podemos hablar de **estilos, cada uno exige una táctica específica. No se puede tratar de utilizar siempre el mismo esquema de negociación, pues no hay dos asuntos iguales y cada uno de ellos exige un trato determinado, existen multitud de estudios sobre los estilos de negociación, pero nos quedaremos en este caso con las más usadas en nuestro sector:**

1. **La negociación inmediata** busca llegar con rapidez a un acuerdo, sin preocuparse en tratar de establecer una relación personal con la otra parte. Se busca maximizar su beneficio a costa del otro. Un claro ejemplo es la negociación en la jurisdicción social en el ámbito de los despidos, donde las llamadas a última hora con un ofrecimiento claro y precipitadamente buscado, busca esa solución sin buscar apenas acercamiento.
2. **La negociación progresiva** busca en cambio una aproximación gradual y en ella juega un papel muy importante la relación personal con el abogado (si es un compañero que conoces o ya has hablado previamente con él con otro asunto u os conocéis de asuntos más personales, es tu vecino).

Se intenta crear una atmósfera de confianza (reuniones de 60' que los primeros 45 son de "relaciones sociales para suavizar el ambiente") antes de entrar propiamente en la negociación. A algunas personas les gusta ir directamente al grano mientras que otras prefieren establecer un vínculo personal antes de entrar a discutir posiciones.

Habilidades “propias del abogado”

- Escuchar/Formular preguntas abiertas/Usar un lenguaje corporal que invite a hablar al abogado del contrario, si forma parte de nuestra estrategia.
- No prestar especial importancia a detalles como en qué despacho se negocia, (aquí no es tan importante “jugar en casa o no”), la edad de nuestro interlocutor u otras presunciones heredadas, independientemente de respetar nuestro código deontológico, pero incluso eso usarlo a nuestro favor, pues quien lo usa como elemento de “aparente” superioridad está cometiendo ya un error de base en la negociación.
- No despistar con tics/ropa, mirada e imagen son indicadores de confianza o de falta de esta.
- La confianza y la valoración que se obtiene con una sonrisa no está realmente valorada.
- Usar los descansos o aplazamientos como tácticas, para considerar objetivos, revisar hechos, analizar otras opciones, estructurar actitudes e incluso en algunos casos, comentar el asunto, nuevamente con cliente y otros compañeros del despacho.



BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- JAVIER LILLO CAMPOS, FRANCISCO, DE LANUZA TORRES, JUAN JOSÉ. *INTERROGATORIO Tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad
- 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

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GARCÍA RAMÍREZ, JULIO Y ORTAS GIGORRO, SERGIO. *Negociación con el compañero, ¿en qué despacho?* Octubre 2008. *Economist&Jurist* N° 124 (www.economistjurist.es)
- LÓPEZ DE CASTRO ALONSO, LUIS. *La negociación, habilidad indispensable para el abogado del siglo XXI*. Diciembre 2016. *Economist&Jurist* N° 206 (www.economistjurist.es)
- GARCÍA RAMÍREZ, JULIO. *Habilidades del abogado eficaz*. Marzo 2005. *Economist&Jurist* N° 88 (www.economistjurist.es)

Cierres

La finalidad del acuerdo es cerrar la contienda del problema, pero este cierre, debe hacerse en forma segura y con firmeza, y para que sea aceptado debe satisfacer un número suficiente de las necesidades de la otra parte. Existen muchos tipos de cierre aquí exponemos los más habituales.

Tipos de cierre:

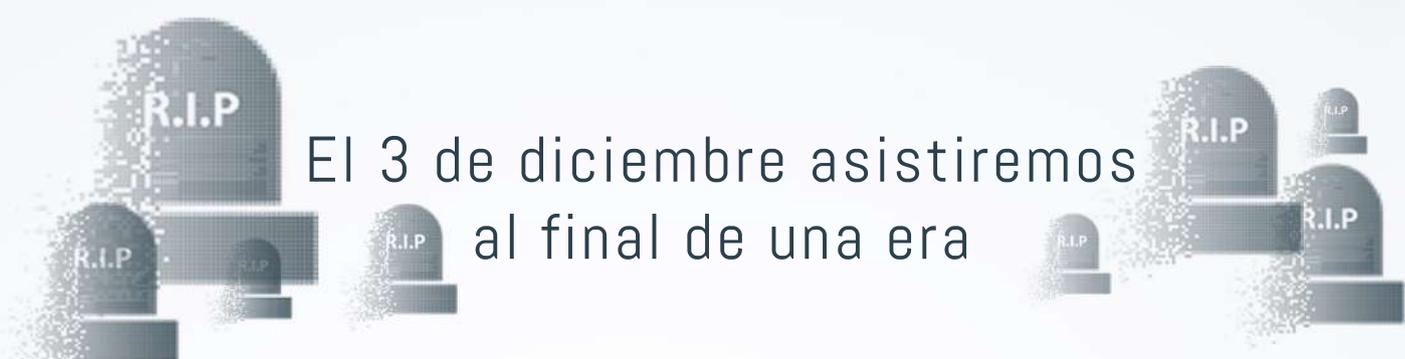
1. Cierre **por concesión**. Es la forma más frecuente en las negociaciones; equivale a terminar la fase de intercambio ofreciendo una concesión para conseguir un acuerdo.

2. Cierre **con resumen**. Después del cierre con concesión, es el tipo de cierre de negociación más utilizado. Al terminar la fase de intercambio se hace un resumen de todos los acuerdos alcanzados hasta el momento, destacando las concesiones que hemos hecho por nuestra parte y subrayando lo ventajoso de llegar a un acuerdo sobre los puntos pendientes.

En la negociación adquieren una gran importancia los movimientos estratégicos, la forma en que hagamos estos y respondamos a los de nuestro opositor determinará nuestro éxito o fracaso. Tengamos en cuenta que el objetivo en una negociación no es únicamente llegar a un acuerdo satisfactorio, **sino conseguir el mejor de los acuerdos posibles.** ■

CONCLUSIONES

- Antes de cerrar cualquier negociación, un abogado debe sentarse en su despacho –o donde se encuentre más a gusto- y valorar una serie de puntos de indudable trascendencia
- Se debe analizar la consecución de los objetivos sustanciales (se pueden obtener de una manera realista, o el acuerdo es la apertura de un nuevo problema)
- Cuál será el futuro de la relación entre las partes, pues puede existir una continuación de la relación (asuntos familiares, el divorcio por ejemplo no implica desaparecer la posibilidad de nuevos problemas, si hay hijos la relación seguirá, de otra manera pero seguirá, o en asuntos laborales por ejemplo, ante una readmisión, se ha planteado adecuadamente el efecto que supone volver a reanudar la relación laboral, para las dos partes)
- Hay que considerar con seriedad y objetividad, las conclusiones y puntos esenciales del acuerdo
- Nosotros no somos mediadores, ni árbitros, ni similares, somos abogados de una de las partes y esa es la valoración del acuerdo que nos incumbe. Si hay claras diferencias pero eso no afecta al cumplimiento eficaz del acuerdo nuestro trabajo está correctamente realizado
- Hacer un análisis del efecto que tendrá ese acuerdo y la manera de llegar a él en nuestras relaciones profesionales. Somos abogados y después de esta negociación, seguiremos con otras negociaciones, asuntos y clientes
- La negociación no admite un vencedor y un vencido, EL ACUERDO NEGOCIADO debe ir más allá del litigio/ problema y aspirar a solucionar el conflicto
- Este artículo no lo puedo extender más, pues acabaría por aburrirlos si no lo he hecho ya, pero me dejo aspectos a tener en conocer en todo proceso de negociación como son el mismo desarrollo, el uso del lenguaje corporal, su conocimiento, las fichas para trabajar ordenadamente la negociación, y por supuesto los errores que se comenten en la misma que pueden acabar con una buena negociación, dicho esto me gustaría acabar con una conclusión que creo engloba lo que yo quiero trasladar de lo que es una buena negociación:
- Prepara la negociación cada día que negocies como si el juicio se fuera a celebrar al día siguiente, añadiendo cada vez los nuevos elementos y datos que vayas obteniendo cada día que pases negociando, así podrás alcanzar el mejor de los acuerdos, y si al final no cierras el acuerdo te puedo asegurar que tendrás muy preparado el asunto y tus probabilidades de éxito en el juzgado aumentarán significativamente.
- *“Nunca negociemos desde el temor pero nunca temamos negociar”* J.F.Kennedy



El 3 de diciembre asistiremos
al final de una era

Nace THE NEW DATA ERA



LOS SUSCRIPTORES
DE ECONOMIST&JURIST ESTÁN INVITADOS

3 de diciembre - 19.00h
Cámara de Comercio - Palacio de Santoña
C/Huertas, 13. Madrid

NOTICIAS DEL MUNDO JURÍDICO

EL DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, JOSÉ MARÍA ALONSO, VISITA LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN Y PRIMERA INSTANCIA DE PLAZA DE CASTILLA

Tras conocer de primera mano el estado de las obras junto a la consejera de Justicia de la Comunidad de Madrid, Yolanda Ibarrola, José María Alonso ha reclamado más espacio para los abogados tras valorar positivamente las obras en los juzgados de Plaza de Castilla.

Los 54 juzgados de Instrucción y 46 de Primera Instancia que albergan los edificios remodelados acogen diariamente a más de 3.000 personas de media.



De izq. a dcha. José María Alonso, José Gayo, Yolanda Ibarrola y Gabriel María de Diego

EL MAGISTRADO JOAQUÍN DELGADO EXPONE CÓMO APORTAR LA PRUEBA DIGITAL A UN PROCESO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA



¿Cómo se puede llevar a un proceso judicial unos datos que no están en formato papel, sino en lenguaje de ceros y unos? Este fue el eje central de la jornada sobre 'Herramientas prácticas para aportar la prueba digital al proceso', organizada por el Grupo Especializado de Violencia de Género del Colegio de Abogados de Granada.

El encargado de analizar esta temática fue Joaquín Delgado Martín, magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CÁDIZ ACERCA LA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD A SUS COLEGIADOS DE LA MANO DE LA MAGISTRADA NURIA ORELLANA



El Palacio de Congresos de Cádiz acogió la Jornada "Claves Prácticas del Mecanismo de Segunda Oportunidad", organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz e impartida por Nuria Orellana, Magistrada Especialista de Mercantil Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga.

Durante su exposición, Orellana explicó al centenar de colegiados asistentes las claves de la Ley de Segunda Oportunidad que, permite a las personas físicas y que hayan liquidado previamente todo sus bienes, poder volver a empezar y emprender una nueva actividad empresarial, sin la rémora de las deudas anteriores.

DIFUSIÓN JURÍDICA ABRE UNA NUEVA OFICINA DE I+D EN LAS ROZAS

Difusión Jurídica ha abierto una nueva oficina de más de 600m² en las Rozas, Madrid, destinado a la investigación y el desarrollo (I+D) que, junto a la reciente apertura de su centro de investigación en Londres, confirma la apuesta del grupo Difusión por la tecnología e internacionalización de su filial de documentación.



LA FIRMA PKF ATTEST RENUEVA SU IMAGEN CORPORATIVA PARA REFORZAR SU ESTRATEGIA DIGITAL



La firma de servicios profesionales PKF Attest, con 28 años de historia, ha presentado su nuevo logo y nueva web corporativa.

La entidad que desde su creación en 1990 ha tenido como misión ofrecer a empresas e instituciones servicios de consultoría, auditoría, tecnologías de la información y asesoramiento legal, fiscal y financiero, ha apostado por una nueva imagen con un logotipo más potente y evolucionado, buscando reflejar con él la ampliación de sus servicios en respuesta a la nueva demanda de las organizaciones en la era digital: data analytics, inteligencia artificial, riesgos tecnológicos, etc.

BROSETA REFUERZA SU ÁREA DE DERECHO PÚBLICO CON LA INCORPORACIÓN COMO SOCIO DE ALBERTO PALOMAR



D. Alberto Palomar y D^a. Rosa Vidal

En el marco del Plan Estratégico 2020 que está llevando a cabo BROSETA y que contempla, entre otros aspectos, la incorporación de abogados de reconocida excelencia con el objetivo de consolidar a la organización entre las firmas legales de referencia en España, la firma ha incorporado a Alberto Palomar como socio del área de Derecho Público.

VACIERO INICIA SU ACTIVIDAD EN MÉXICO DE LA MANO DE EMPRESA FAMILIAR

VACIERO, firma española de referencia en asesoramiento legal y financiero para empresas, ha iniciado su actividad en México con el desarrollo de su área de Empresa Familiar, que lideran los socios Mario de Gandarillas y Rafael del Rivero, ambos con más de 15 años de experiencia profesional en el país norteamericano y que están dirigiendo el desembarco de la Firma en México.

DA LAWYERS SE UNE A LA ALIANZA PANEUROPEA ACT LEGAL



Sven Tischendorf

La incorporación de DA Lawyers a la alianza de despachos europeos Act Legal representa un nuevo salto cualitativo de la firma madrileña en cuanto que la consolida en una posición de liderazgo entre los despachos europeos especializados en derecho de los negocios. Este nuevo paso hacia delante le permite acceder, de manera aventajada, a operaciones que requieren un alto grado de especialización y una práctica internacional centrada en el continente europeo.

JASUSAS SE INTEGRA EN FIELDFISHERE



JASUSAS da un paso más en su plan estratégico integrándose en la firma jurídica internacional Fieldfisher. Bajo la marca Fieldfisher JASUSAS, el equipo y las oficinas de Barcelona y Madrid de JASUSAS se suman a la red de la firma anglosajona que, con una facturación anual de 234M de euros, cuenta con 24 oficinas y un equipo formado por 1.350 profesionales.

NOVEDADES EDITORIALES

LA JURISPRUDENCIA EN EL DEPORTE. ANÁLISIS DE LOS CASOS MÁS SIGNIFICATIVOS

Alberto Palomar Ortega y Miguel María García Caba

Ed. Difusion Jurídica

Págs. 365

La ordenación jurídica del deporte ha sufrido en los últimos años una profunda transformación como consecuencia de la normativa comunitaria, nacional y deportiva y de una interacción entre todas ellas que no siempre ha resultado sencilla de comprender ni de seguir.

En razón a esto la presente Obra ha optado por un método de análisis que es muy común en otros ámbitos de estudio pero que no siempre ha tenido el suficiente arraigo en España: el modelo del caso. Se han seleccionado los casos más importantes y se han analizado con una metodología común que permite obtener una visión de conjunto y de las especialidades de cada uno de los casos y lo que suponen para el conjunto de la ordenación del deporte.



PERSONA Y FAMILIA. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL CATALÁN

Dr. Alfonso Hernández - Moreno, Dr. Josep M. Martinell Gispert-Saúch, Dra. M^a Corona Quesada González

Ed. Difusion Jurídica

Págs. 345

En Persona y familia el lector encontrará estudios serios, rigurosos y bien documentados sobre temas de Derecho de la persona y de la familia aplicable en Cataluña de gran interés y actualidad. En los estudios se analiza, comenta e interpreta la normativa contenida en el libro II del Código Civil catalán.



MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA EL GRADO EN DERECHO

Alfonso Ortega Giménez y Lerdys S. Heredia

Ed. Difusion Jurídica

Págs. 1223

Este trabajo constituye un complemento para el estudio de las Unidades Didácticas recogidas en el Plan de Estudios del Grado en Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche para la asignatura Derecho internacional privado. En primer lugar, unas breves páginas introductorias dedicadas a encuadrar el Derecho internacional privado como materia de estudio.



CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

José Antonio Pastor Ridruejo

Ed. Tecnos

Págs. 888

Este Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales está pensado básicamente para los alumnos que cursan la carrera de Derecho en el llamado Espacio Europeo de Educación Superior, a los que se pretende iniciar por senderos transitables y atractivos, pero desde luego científicos, en el complejo universo de la normativa internacional.



ACCESO A LA ABOGACÍA

M^a Paula Díaz Pita

Ed. Tecnos

Págs. 1080

Acceso a la Abogacía responde a un proyecto dirigido a cubrir una necesidad que acuciaba a los alumnos y alumnas de los Másteres en Abogacía: disponer de un texto que respondiera ordenadamente a los enunciados de los temas del programa de materias de la Prueba de Evaluación de Aptitud Profesional para el Ejercicio de la Profesión de Abogado.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

www.libros24h.com

LIBROS24h.com

WWW.LIBROS24H.COM

LEGAL TOUCH

CREAR PRESENTE
PROYECTAR FUTURO

Juan Miguel Arnau
JM Arnau & Asociados



ABOGADOS / CONSULTORES

www.legaltouch.es · España · EEUU · Portugal · info@legaltouch.es

MÁSTER EN CORPORATE COMPLIANCE

CONVIÉRTETE EN COMPLIANCE OFFICER CON LOS MEJORES

El avance en el campo del Compliance a nivel mundial y a nivel nacional que afecta en gran medida a nuestro país, producido por la globalización, la necesidad de abrirse a nuevos mercados y de eliminar las practicas que inciten a fraude y/o corrupción obliga a los profesionales a tener conocimiento del Derecho de Compliance.

INICIO: FEBRERO 2019
PROCESO DE ADMISIÓN
ABIERTO