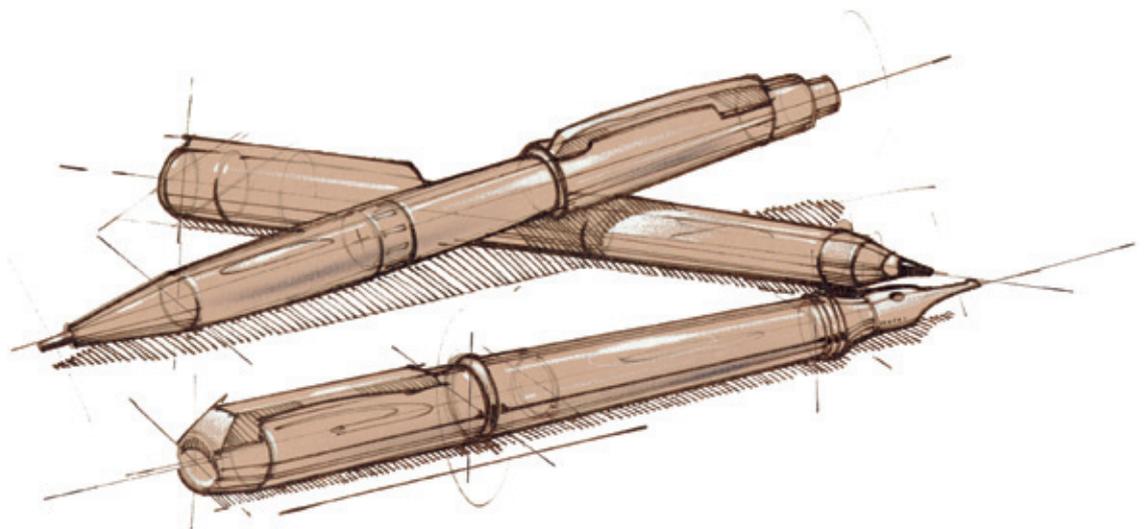


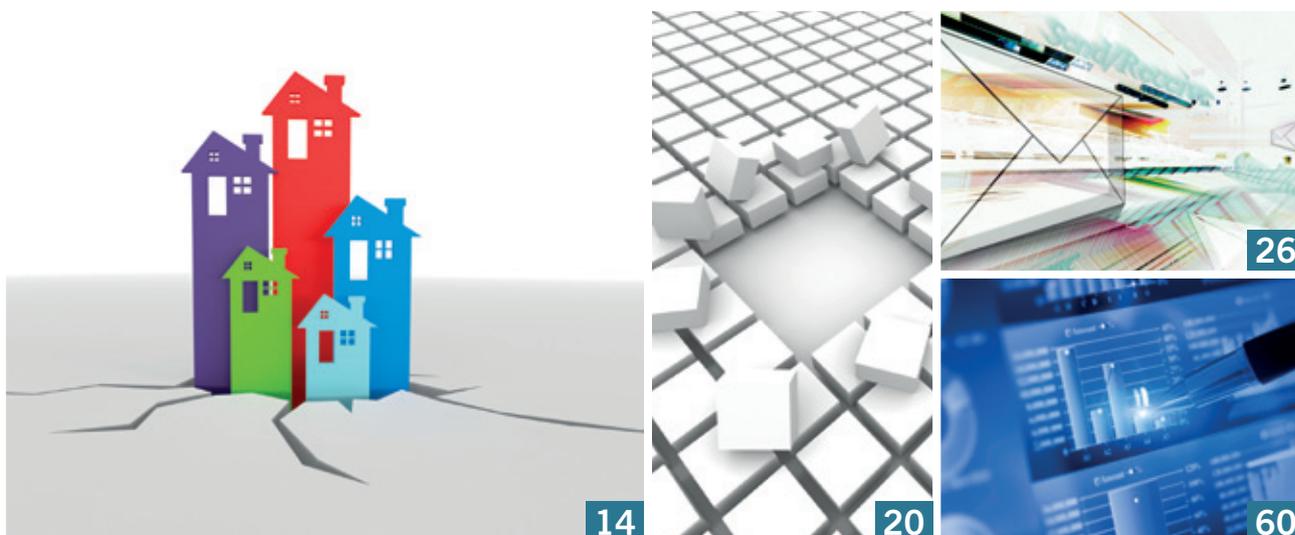
La oveja perdida y las 99 restantes

A finales del pasado mes de mayo, el ex vicepresidente del Tribunal Constitucional y gran jurista, Don Eugenio Gay Montalvo, ingresó en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, contestó su magnífico discurso de ingreso sobre “Los derechos económicos y sociales de los ciudadanos ante la actual crisis económica, desde una perspectiva constitucional” el Dr. José Juan Pintó Ruiz, quien escribe “... *En la historia de la humanidad siempre ha estado presente el binomio derechos previos irrenunciables correspondientes al individuo versus derechos de la colectividad. Es aquella diferenciación y prelación de lo individual y lo colectivo. Son la oveja perdida del evangelio cristiano, y las 99 ovejas restantes, por otro lado. Es la búsqueda del límite entre el derecho inherente al ser humano individual y el poder atribuido a la comunidad. El problema tiene su importancia porque el individuo no tiene el mismo poder para imponerse y en cambio la comunidad sí. Pero si la comunidad- hoy precisamente atribuido tal poder de legislar a los parlamentos, en los estados democráticos- es quién tiene el poder de formular normas jurídicas y promulgarlas ¿Cuál será el imperativo que defina, frente a la comunidad, los derechos inherentes a la dignidad del hombre, los derechos humanos?..*”.

direccioncontenidos@difusionjuridica.es



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



04 INFORMACIÓN AL DÍA

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

14 EN PORTADA

Nueva ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. Por Juan Francisco Rodríguez Estella.

20 DERECHO ADMINISTRATIVO

Los cambios en la ley de expropiación forzosa por la disposición final segunda de la Ley 17/2012, de presupuestos generales del estado para 2013, de 27 de diciembre de 2012. Por Beatriz Aguilera Álvarez.

DERECHO CIVIL

26 – Distintas vías de comunicación de la resolución contractual. Especial referencia al artículo 1.504 del Código Civil. Por Antonio Valverde Estepa.

34 – Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Por Helena Beunza y Marta Velasco.

40 CASOS PRÁCTICOS

Participaciones preferentes: nulidad del contrato bancario por vicios del consentimiento.

52 DERECHO LABORAL

El régimen del trabajador autónomo. Por Juan Reyes Herreros y Oriol Abelló Audí.

60 DERECHO MERCANTIL

Las preferentes: visión desde la práctica. Por Santiago Viciano.

DERECHO PROCESAL

68 – Propiedad industrial: cambios jurisprudenciales en la atribución de la competencia territorial. Por Jean B. Devaureix.

76 – La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones. Por Gonzalo Barrenechea Correa.



14 EN PORTADA

Nueva ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios

En el BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013, se ha publicado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, la Ley).

La Ley, que ha entrado en vigor el día de su publicación, atiende a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones de pago.

86 ÁMBITO JURÍDICO

El riesgo legal corporativo: normativas nacionales, comunitarias e internacionales. Por Alonso Hurtado Bueno.

92 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

94 NOVEDADES EDITORIALES

95 AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS

Economist & Jurist

www.economistjurist.es

Centro de Gestión del Conocimiento

Director: Jorge Pintó Sala

Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara
Vocales: Anselmo Sánchez-Tembleque Rodríguez, Maite Pérez Marín, Pablo Primo Arias, Sergio Prieto Sánchez-Rubio.

Consejo Editorial

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

Consejo Asesor

Miguel Montoro, Joaquín Abril, Esther Ortín, L. Usón-Duch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo

Gómez-Mampaso, M^a Isabel Fernández Boya (Despacho Rodríguez-Quiroga), Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio Fernández de Buján, J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Alejandro Tintoré, José M^a Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabari, Xavier O'Callaghan, Carles Basteiro-Bertoli, Javier Gómez Bermúdez, Bernardo Feijoo, Javier del Valle, José Ricardo Pardo Gato, Oscar Calderón de Oya y Alfonso Ortega Giménez.

Presidente G. Difusión

Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.
Recoletos, 6 - 28001 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.informativojuridico.com
CIF: A59888172 - Depósito Legal: B-30605-96

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834

ayuda@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación

Luk Comunicación. www.lukcomunicacion.com

Exclusiva de publicidad

Comunicación Integral y Marketing para Profesionales
Calle Recoletos nº 6 1º D, 28001 Madrid
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021
Exclusividad Cima Barcelona
C/ Modolell, 61 Bajos, 08021 Barcelona
Tel.: 93 200 0272
info@cimapublicidad.es - www.cimapublicidad.es

Impresión

Rotoatlántica

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



La editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad S.A., 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 utilizadas 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, SA. 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**
 - Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas 04
 - Jornada y horarios en el ámbito de la Admón. de Justicia 06
 - Modificación de la Ley de Transportes y Seg. Aérea 06
- AL DÍA CIVIL
 - Jurisprudencia**
 - Contrato de Seguro 06
 - Pensión Compensatoria 07
- AL DÍA DEPORTIVO
 - Legislación**
 - Ley de Lucha contra el dopaje 07
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - Plazo de ingreso voluntario del IAE del 2013 08
- AL DÍA LABORAL
 - Legislación**
 - Ultraactividad de los convenios colectivos .. 08
 - Entidad adherida a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 09
 - Jurisprudencia**
 - Conflicto Colectivo 09
- AL DÍA MERCANTIL
 - Legislación**
 - Obligaciones de información a los clientes de servicios de inversión 10
 - Jurisprudencia**
 - Impugnación de acuerdos 10
- AL DÍA PENAL
 - Jurisprudencia**
 - Delito contra el Medio Ambiente 11
- AL DÍA PROCESAL
 - Legislación**
 - Reforma del CGPJ con exclusividad 12
 - Comité técnico estatal de la Admón. judicial electrónica 12
- SUBVENCIONES
 - Estatales**

- Ayudas a los Jueces y Magistrados para actividades de formación 13
- Subvenciones a pymes para implantar planes de igualdad 13
- Compensaciones económicas a los árbitros designados por la CCNCC 13
- Autonómicas**
 - Ayudas a la innovación de las pymes en Cataluña 13

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

LA CERTIFICACIÓN DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS SERÁ OBLIGATORIA CUANDO UNA VIVIENDA SE PONGA EN VENTA O EN ALQUILER

Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. (BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013).

El Título I contiene la regulación básica del **Informe de Evaluación de los Edificios**.

El informe contiene un apartado de carácter orientativo sobre un aspecto clave para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, la eficiencia energética y el cumplimiento de los compromisos de España con Europa en el horizonte 2020: la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios. **La certificación contendrá, no sólo una calificación del edificio a tales efectos** (mediante letras, de la A a la G), **sino también unas recomendaciones sobre las mejoras energéticas que podrían realizarse**, analizadas en términos de coste/beneficio y clasificadas en función de su viabilidad técnica, económica y funcional y de su repercusión energética. Dado que la Directiva exige que esta certificación se adjunte cuando una vivienda se ponga en venta o en alquiler, en aras de una mayor transparencia del mercado, una mayor información para los propietarios y un menor coste en su

emisión, se busca la doble racionalidad y sinergia que supone incluirla en el informe de evaluación del edificio.

La Ley amplía las facultades reconocidas a las comunidades de vecinos, agrupaciones de propietarios y cooperativas de viviendas, para actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento del deber legal de conservación. A ello se une la búsqueda de mecanismos que pretendan conseguir que la financiación para la rehabilitación sea más accesible y se encuentre más al alcance de los interesados.

Se establecen además, otros **mecanismos específicos para facilitar la financiación de estas actuaciones**, entre los que destacan los convenios entre las Administraciones Públicas actuantes, los propietarios y demás sujetos que vayan a intervenir en la ejecución, que pueden incluir, desde la explotación conjunta del inmueble o partes del mismo, a los siguientes tipos de contratos o colaboración:

- **Cesión, con facultad de arrendamiento u otorgamiento del derecho de explotación a terceros**, a cambio del pago aplazado de la parte del coste que corresponda a los propietarios de las fincas.
- **Permuta o cesión de terrenos o de parte de la edificación** sujeta a rehabilitación por determinada edificación futura.
- **Arrendamiento o cesión de uso** de local, vivienda o cualquier otro elemento de un edificio por plazo determinado a cambio del pago por el arrendatario o cesionario de todos o de alguno de los siguientes conceptos: impuestos, tasas, cuotas a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios o de la cooperativa, gastos de conservación, etc.
- **Constituir consorcios o sociedades mercantiles de capital mixto**, con participación privada minoritaria.

El régimen transitorio contiene dos disposiciones. La primera de ellas tiene como objeto establecer el calendario para que los propietarios de las edificaciones a

que hace referencia el artículo 4 se doten del Informe de Evaluación regulado por esta Ley, estableciendo un esquema gradual razonable que tiene en cuenta su antigüedad (más de 50 años), sin perjuicio de establecer las especialidades que requieren aquellos edificios que ya hayan pasado la inspección técnica, de conformidad con su propia regulación, en los que se busca evitar duplicidades indeseables, y aquéllos otros cuyos titulares pretendan acogerse a posibles ayudas públicas estatales a la rehabilitación.

Se establece, además, un plazo más amplio que el que finaliza en el año 2015, **a tenor de lo dispuesto hoy en el citado Real Decreto-ley 8/2011, plazo inasequible para los más de 3 millones de viviendas afectadas.**

La disposición final primera contiene modificaciones sobre la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, **con el objeto de evitar que los actuales regímenes de mayorías establecidos impidan la realización de las actuaciones previstas en la nueva Ley.**

La disposición final tercera modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, para vincular la aplicación del Código Técnico de la Edificación, de manera específica, a las intervenciones que se realicen en los edificios existentes a que se refieren las letras b) y c) del artículo 2.2 de dicha Ley.

La disposición final cuarta modifica algunos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de introducir mejoras técnicas en su redacción.

La disposición final undécima modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, con el objeto de resolver los problemas que plantea en relación con la rehabilitación.

La disposición final duodécima incluye una importante modificación del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

NOTA IMPORTANTE



LA CERTIFICACIÓN DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS SERÁ OBLIGATORIA CUANDO UNA VIVIENDA SE PONGA EN VENTA O EN ALQUILER, EN ARAS DE UNA MAYOR INFORMACIÓN PARA LOS PROPIETARIOS, Y SE INCLUIRÁ EN EL INFORME DE EVALUACIÓN DEL EDIFICIO. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA ADMINISTRATIVO, PÁGS. 4 Y 5.

SE MODIFICAN LAS INSTRUCCIONES SOBRE JORNADA Y HORARIOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Resolución de 14 de junio de 2013, de la Secretaría de Estado de Justicia. (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2013).

La Resolución de 4 de junio de 2003, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se modifica la de 5 de diciembre de 1996, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios en el ámbito de la Administración de Justicia, adapta el artículo siete relativo a las guardias a la normativa vigente y especialmente a lo previsto en la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la citada resolución se diseña un modelo de servicio de guardia que tiene en cuenta las especificidades y características de los distintos partidos judiciales y territorios. Sin embargo, en la misma no se contempló toda la casuística existente en la prestación del mismo.

Por ello, resulta necesario modificar la Resolución de 5 de diciembre de 1996 para garantizar el derecho de descanso ininterrumpido de 12 horas tras el servicio de guardia de ocho días.

SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y LA LEY 21/2003, DE 7 DE JULIO, DE SEGURIDAD AÉREA

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE núm. 160 de 5 de julio de 2013).

Cabe destacar alguna modificación especialmente significativa en relación con determinadas formas de transporte. Así, se adapta el régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1170/70 del Consejo.

En relación con otra materia totalmente distinta, puede significarse el encuadramiento definitivo de la actividad de **arrendamiento de vehículos con conductor como una modalidad concreta de transporte discrecional de viajeros en vehículos de turismo**, a la que, en consecuencia, le son de aplicación todas las reglas referidas a la actividad de transporte y no las señaladas para las actividades meramente auxiliares y complementarias del transporte, como sería el caso del arrendamiento de vehículos sin conductor, con el que poco o nada tiene que ver.

Por fin, **se redefinen las distintas actividades auxiliares y complementarias del transporte de mercancías para adecuarlas a la realidad actual del mercado**, incluyendo la figura del operador logístico, anteriormente no prevista en la LOTT.

En el ámbito mercantil, **se consagran los principios de libertad de contratación y de explotación de las actividades de transporte a riesgo y ventura del empresario**, salvo que se trate de servicios públicos de transporte de viajeros de titularidad de la Administración, y se refuerza la capacidad de actuación de las Juntas Arbitrales del Transporte.

Por último, se ha de destacar la **reducción de cargas administrativas que propicia esta modificación de la LOTT**, tanto para las empresas que operan en el sector como para la propia Administración.

AL DÍA CIVIL

Jurisprudencia

CONTRATO DE SEGURO EL SUPREMO ESTABLECE LA EXTENSIÓN

DE LA COBERTURA DEL SEGURO A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN SUFRIDOS POR CONDUCTORES QUE SUPERAN LA TASA DE ALCOHOLEMIA ESTABLECIDA COMO LÍMITE PARA LA CONDUCCIÓN.

Tribunal Supremo Sala Primera – 24/05/2013.

Se estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia desestimatoria de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, sobre reclamación de cantidad.

En el seguro de accidentes, el sentido limitativo o no de las cláusulas introducidas en el contrato es susceptible de ser examinado, entre otros criterios, en contraste con el concepto que contiene el art. 100 LCS sobre el accidente como riesgo asegurado, definido como «la lesión corporal que deriva de una causa súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte» (vid., entre otras muchas, STS de 20 de junio de 2002, recurso de casación núm. 2218/1995).

Por ello la STS de 7 de julio de 2006, rec. núm. 4218/1999, ha considerado que **la cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifiesta debe considerarse, así, como limitativa, por cuanto la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente.** En el caso examinado debe aplicarse la misma conclusión sobre la causa que excluye de la cobertura los accidentes producidos en situación de embriaguez habitual.

Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (como hemos apreciado en la STS de 9 de junio de 2006, que considera un supuesto en que «es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera»); esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable.

Disponible en www.bdifusion.es. Marginal: 2427290.

PENSIÓN COMPENSATORIA LA SIMPLE DESIGUALDAD ECONÓMICA NO DETERMINA UN AUTOMÁTICO DERECHO DE COMPENSACIÓN POR MEDIO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Tribunal Supremo Sala Primera – 17/05/2013.

Se estima el recurso de casación formulado contra sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, sobre divorcio y medidas.

La Sala declara que en el presente caso, el matrimonio no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro.

La sentencia impugnada no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que **la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC** y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC (SSTS 25 de noviembre 2011, 4 de diciembre 2012).

Disponible en www.bdifusion.es. Marginal: 2426502.

AL DÍA DEPORTIVO

Legislación

EN LA LEY CONTRA EL DOPAJE DEPORTIVO SE DEFINEN LOS TIPOS DE CONTROLES, EN COMPETICIÓN O FUERA DE ELLA Y, DENTRO DE ESTOS ÚLTIMOS, LOS CONTROLES POR SORPRESA O CON CITA PREVIA

Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013).

¡ATENCIÓN!



LA CLÁUSULA QUE EXCLUYE EN LA PÓLIZA LITIGIOSA LOS ACCIDENTES PRODUCIDOS EN SITUACIÓN DE EMBRIAGUEZ MANIFIESTA DEBE CONSIDERARSE, COMO LIMITATIVA, POR CUANTO LA SITUACIÓN DE EMBRIAGUEZ NO CONSTITUYE NI DEMUESTRA POR SÍ MISMA LA CONCURRENCIA DE INTENCIONALIDAD DEL ASEGURADO EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA CIVIL, PÁGS. 6 Y 7.

La evolución de las prácticas detectadas en materia de dopaje ha hecho necesario introducir un conjunto de modificaciones de índole legal que garanticen los instrumentos necesarios para combatir de la manera más eficaz posible esta lacra que afecta al mundo del deporte.

Asimismo, las sucesivas modificaciones operadas en este ámbito en el plano internacional, con el que España ha venido asumiendo un alto compromiso en la lucha contra el dopaje y que se tradujo, entre otros aspectos, en la ratificación, pocos meses después de la promulgación de la Ley, de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte de la Unesco, hacían ineludible abordar estas reformas.

El presente texto contempla una **nueva regulación íntegra del marco jurídico aplicable a la protección de la salud y a la lucha contra el dopaje en la actividad deportiva**, haciendo hincapié en la importancia de establecer un acabado sistema de protección de la salud que beneficie, desde todos los puntos de vista, a los principales receptores de la presente norma, que son las personas que desarrollan cualquier actividad deportiva.

La nueva norma contiene criterios claros para permitir a los responsables de la lucha contra el dopaje **dirigir sus esfuerzos a los grupos deportivos de mayor riesgo**. No se trata, por tanto, de una cuestión meramente cuantitativa, sino cualitativa. En la lucha contra el dopaje los éxitos no surgen de la realización de un elevado número de controles, sino de la correcta planificación y ejecución de aquellos.

AL DÍA FISCAL

Legislación

EL NUEVO PLAZO DE INGRESO VOLUNTARIO DEL IAE DEL 2013 DE LAS CUOTAS NACIONALES Y PROVINCIALES SERÁ DESDE EL 16 DE SEPTIEMBRE HASTA EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2013

Resolución de 10 de junio de 2013, del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2013).

La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales creó, en sus artículos 79 a 92, el Impuesto sobre Actividades Económicas.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, que aprobó las tarifas e Instrucción del Impuesto señala en su regla 17.^a que las cuotas nacionales y provinciales serán recaudadas por la Administración Tributaria Estatal.

El artículo 23 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, dispone que la recaudación de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva podrá realizarse, entre otras modalidades, por cualquiera que se establezca para ingreso de los recursos de la Hacienda Pública.

El artículo 62.3 de la **Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria confiere a la Administración Tributaria competente la facultad de modificar el plazo de ingreso** en período voluntario de las deudas referidas en el párrafo anterior.

AL DÍA LABORAL

Legislación

SE REGISTRA Y PUBLICA EL ACUERDO DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL II ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE ULTRAactividad DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo. (BOE núm. 142, de 14 de junio de 2013).

Visto el texto del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos, Acuerdo que fue suscrito con fecha 23 de mayo de 2013 de una parte por las representaciones de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y de otra por las representaciones de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT).

Esta Dirección General de Empleo resuelve ordenar la inscripción del citado Acuerdo en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este Centro directivo, con notificación a la Comisión Negociadora; así como disponer su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL SELLO “ENTIDAD ADHERIDA A LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN 2013-2016”

Orden ESS/1299/2013, de 1 de julio. (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2013).

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha elaborado la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, que se enmarca en el objetivo de impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena o a través del autoempleo y el emprendimiento.

Sus objetivos son mejorar la empleabilidad de los jóvenes, aumentar la calidad y la estabilidad del empleo, promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y fomentar el espíritu emprendedor.

Para avanzar en la consecución de estos objetivos, la Estrategia se ha articulado como un instrumento abierto, ya que pretende servir de cauce de participación a todas las instituciones públicas y privadas, a las empresas y a todo tipo de organizaciones que quieran colaborar en alcanzar sus objetivos.

De esta forma, **podrán sumarse todas aquellas entidades que quieran contribuir con sus propias iniciativas a hacer frente al reto del empleo juvenil** en cualquiera de sus formas, también la del emprendimiento

y el autoempleo, y contará con un sello o distintivo que podrá ser utilizado en reconocimiento a su contribución.

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, se ha desarrollado ya parcialmente en el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, cuya disposición adicional tercera encomienda al Ministerio de Empleo y Seguridad Social formalizar la adhesión a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 de entidades públicas y privadas, cuya contribución en la reducción del desempleo juvenil será reconocida mediante la concesión de un sello o distintivo.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su párrafo primero señala que, con el objetivo de incentivar a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas y a las empresas individuales, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social, las Administraciones Públicas mantendrán una política de promoción de la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes y estimulando el estudio y análisis sobre los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social.

Jurisprudencia

CONFLICTO COLECTIVO LA MODIFICACIÓN EMPRESARIAL DEL PACTO EXTRAESTATUTARIO SOBRE PLUS “CONVENIO Y ACTIVIDAD” A LA FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA DEL MISMO, NO SUPONE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

Tribunal Supremo Sala Cuarta– 14/05/2013.

Se desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por el Comité de Empresa demandante contra sentencia desestimatoria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, sobre conflicto colectivo.

La Sala declara que **la finalización de la vigencia del pacto extraestatutario existente sobre plus salarial denominado “convenio y actividad”, –el que no constituye una condición más beneficiosa que trascienda de la vigencia del pacto por deber entenderse incluido en los contratos de trabajo individuales de los trabajadores afectados–, posibilita la modificación empresarial de su contenido una vez finalizada su vigencia,** y no una

supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET.

Disponible en www.bdifusion.es. Marginal: 2427432.

AL DÍA MERCANTIL

Legislación

SE CREAN NUEVAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN A LOS CLIENTES DE SERVICIOS DE INVERSIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA E IDONEIDAD DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS

Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

La disposición final tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, *ha introducido determinadas modificaciones en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)*, dando carácter imperativo a algunas recomendaciones que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ya había transmitido como buenas prácticas a las entidades que prestan servicios de inversión. Entre otros cambios, ha **modificado el apartado 3 del artículo 79 bis** de esta Ley facultando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para requerir que, en **la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un instrumento del mercado de valores y en su publicidad, se incluyan cuantas advertencias relativas al instrumento financiero estime necesarias** y, en particular, las que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad.

Las modificaciones también afectan al referido **artículo 79 bis en sus apartados 6 y 7** relativos, respectivamente, a la evaluación de la idoneidad y la conveniencia. En concreto, en cuanto a la evaluación de la idoneidad, la nueva redacción del texto legal establece que **las entidades proporcionarán al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajustan las recomendaciones que realicen a las características y objetivos del inversor**. Esta descripción, atendiendo a lo previsto en la Ley, debe referirse a los tres componentes de la evaluación de la idoneidad, es decir, la adecuación del producto a los conocimientos y experiencia del cliente, a su situación financiera y objetivos de inversión así como a los principales riesgos en que puede incurrir el

inversor (riesgo de mercado, de liquidez y de crédito) que, de acuerdo con el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, deben informarse.

Por lo que a la evaluación de la conveniencia se refiere, **la Ley concreta que las entidades deberán entregar una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada y faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que establezca en qué términos el cliente deberá expresar de forma manuscrita que ha sido advertido por la entidad de que el producto que va a adquirir no le resulta conveniente**, o que no ha podido evaluar su conveniencia por falta de información.

Adicionalmente, **también se faculta a la CNMV para establecer los términos en que debe mantenerse el registro de clientes y productos no adecuados como consecuencia de haberse realizado una evaluación con resultado negativo**. A ello se dedica la norma quinta de la Circular. En cumplimiento del deber de actuar en interés de los clientes, dicho registro debe mantenerse con la finalidad, entre otras, de contribuir a que no se les ofrezcan, de forma personalizada, productos cuya conveniencia haya sido evaluada previamente con resultado negativo.

Jurisprudencia

IMPUGNACIÓN ACUERDOS EL SUPREMO DETERMINA QUE EL PRESIDENTE DEL CONSEJO NO PUEDE DAR POR FINALIZADA LA REUNIÓN CUANDO UNA MAYORÍA DE CONSEJEROS INSTA LA INCLUSIÓN EN EL ORDEN DEL DÍA DE TEMAS QUE NO FUERON MENCIONADOS EN LA CONVOCATORIA

Tribunal Supremo Sala Primera – 20/05/2013.

Se estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia estimatoria de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), sobre impugnación de acuerdos sociales.

La Sala declara que tal como ha quedado acreditado en la instancia, antes de que el presidente diera por concluida la junta, los consejeros que representaban la mayoría del consejo propusieron, a través del secretario, que se discutiera la remodelación de los cargos dentro del consejo, a lo que se opuso el presidente. En este contexto, en que los consejeros pretendían remover del cargo de presiden-

¡ATENCIÓN!



EL SUPREMO DETERMINA QUE EL PRESIDENTE DEL CONSEJO NO PUEDE DAR POR FINALIZADA LA REUNIÓN CUANDO UNA MAYORÍA DE CONSEJEROS INSTA LA INCLUSIÓN EN EL ORDEN DEL DÍA DE TEMAS QUE NO FUERON MENCIONADOS EN LA CONVOCATORIA. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA MERCANTIL, PÁGS. 10 Y 11.

te a quien lo era hasta entonces, constituye un abuso de facultades por parte del presidente, que también podía calificarse de contrario al interés social, evitar su destitución mediante la decisión de levantar la sesión. Formalmente, le corresponde al presidente convocar la reunión, dar por constituido el consejo, presidirlo y concluirlo, pero no puede abortar la toma de una decisión que le afecta directamente, levantando la sesión, cuando la mayoría de los consejeros había votado a favor de la discusión de este asunto.

Disponible en www.bdifusion.es. Marginal: 2427253.

AL DÍA PENAL Jurisprudencia

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE SE CONDENA A LA PENA DE 4 AÑOS DE PRISIÓN POR EMITIR DESDE UN LOCAL DE OCIO MÚSICA A ELEVADO VOLUMEN QUE OCASIONABA RUIDOS INTOLERABLES A LOS VECINOS

Tribunal Supremo Sala Segunda – 13/05/2013.

La sentencia condena al recurrente y otra acusada como autores de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica del art. 325 del código penal.

Se declara probado, en síntesis, que los acusados, regentaban el local de ocio que ponía la música, en horario nocturno y los fines de semana “a un volumen notoriamente excesivo lo que ocasionaba ruidos intolerables en el interior de las casas de algunos vecinos”. Narra las denuncias existentes, las visitas de los funcionarios de policía, la medición de los decibelios y la clausura de los aparatos de música que eran levantados los precintos al abandonar el local los funcionarios de policía. En una ocasión se comprueba que, aun manteniendo el precin-

to, “habían conectado un ordenador y un televisor a un amplificador para emitir música a elevado volumen”. Se declara probado que los hechos han afectado gravemente al sosiego, descanso y conducta de las víctimas, sin llegar a requerir asistencia médica, aunque si se constatan por los psicólogos efectos nocivos para los perjudicados habiendo renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle.

Los hechos que se declaran probados evidencian la trasgresión de disposiciones generales administrativas protectoras del medio ambiente, en este caso por infracción, por superar los mínimos de ruido establecidos, tal y como se declara probado en el hecho de la sentencia, siendo de recordar que la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 8146/2009 de 5 de noviembre, atribuye a las Ordenanzas municipales sobre el medio ambiente el carácter de disposiciones de carácter general, por lo que resulta perfectamente acreditada la presencia del elemento normativo del tipo objetivo, pero ello, como antes se expresó no sería suficiente para el ilícito penal, se requiere algo más que se identifica en el artículo 325 del Código Penal con el grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales y que tratándose de la contaminación acústica se sitúa en las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, y el relato fáctico, al que antes se ha hecho referencia, es bien expresivo de que se han alcanzado estos atentados a derecho esenciales de la intimidad y personalidad de los afectados e incluso su salud, a consecuencia de esa exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

Disponible en www.bdifusion.es. Marginal: 2426899.

NOTA IMPORTANTE



LA SIMPLE DESIGUALDAD ECONÓMICA, CUANDO NO ES CONSECUENCIA DE LA MAYOR DEDICACIÓN A LA FAMILIA DE UNO DE LOS ESPOSOS, NO DETERMINA UN AUTOMÁTICO DERECHO DE COMPENSACIÓN. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA CIVIL, PÁG. 7.

AL DÍA PROCESAL

Legislación

EL DESEMPEÑO DEL CARGO DE VOCAL DEL CGPJ CON EXCLUSIVIDAD SE LIMITARÁ ÚNICAMENTE A LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN PERMANENTE

Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 155, de 29 de junio de 2013).

Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial no se ven sustancialmente alteradas. Se prevé simplemente que las que tenga legalmente reconocidas sean acordes con la finalidad que justifica la existencia misma del Consejo General del Poder Judicial, a saber: sustraer al Gobierno la gestión de las diversas vicisitudes de la carrera de Jueces y Magistrados, de manera que no pueda condicionar su independencia por esta vía indirecta.

Se prevé que los Vocales –con excepción de los que forman parte de la Comisión Permanente– **ejercen su cargo compaginándolo con la función jurisdiccional si son de origen judicial, o con su profesión si fueron elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia.** El desempeño del cargo de Vocal con exclusividad se ha limitado únicamente a los miembros de la Comisión Permanente, lo que encuentra justificación en la nueva configuración de la misma.

Una de las mayores innovaciones recogidas en este texto es la **transformación de la Comisión Disciplinaria**, de tal forma que el procedimiento disciplinario debe dejar de ser sustancialmente inquisitivo: **no debe ser un mismo órgano quien decida la incoación del procedimiento, designe al instructor y finalmente sancione o no.**

Se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el artículo 32 se modifica con el

objetivo de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional y dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

Además, se modifica el artículo 57 para recoger un régimen de protección reforzada en el caso de expulsión de beneficiarios de protección internacional que gocen del régimen de residentes de larga duración.

SE REGULA EL COMITÉ TÉCNICO ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL ELECTRÓNICA QUE OSTENTARÁ LAS COMPETENCIAS PARA DESARROLLAR EL ESQUEMA JUDICIAL DE INTEROPERABILIDAD Y SEGURIDAD

Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica (BOE num. 146 de 19 de junio de 2013).

El Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, como órgano de cooperación, surge con la vocación de **coordinación y planificación conjunta en el ámbito de las nuevas tecnologías aplicadas a la Administración de Justicia para evitar duplicidad de esfuerzos en este ámbito**, coherentemente con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En consecuencia, el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica que se regula en el presente real decreto, cuya constitución está alineada con la estrategia de racionalización de estructuras, procedimientos y recursos del programa de reformas del Gobierno, plasmada en la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, a la que ofrecerá la información precisa sobre sus actuaciones, se configura como una de las piezas esenciales para la consecución de los

objetivos establecidos en la Ley 18/2011, de 5 de julio, en orden a la interoperabilidad de las distintas aplicaciones que se utilizan en la Administración de Justicia de modo que, en este contexto, dicho órgano ostentará la dirección, coordinación, impulso y competencias para desarrollar el Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad.

SUBVENCIONES

Estatales

SE CONVOCAN AYUDAS A LOS JUECES Y MAGISTRADOS PARA ACTIVIDADES DE FORMACIÓN NO ORGANIZADAS NI PROGRAMADAS POR EL CGPJ

Acuerdo de 16 de mayo de 2013, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas para la financiación de actividades de formación, realizadas por miembros de la Carrera Judicial y las auspiciadas o impulsadas por las asociaciones judiciales. (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2013)

Final de la convocatoria: El plazo dispuesto en la respectiva convocatoria que se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

SE CONCEDEN SUBVENCIONES A PYMES PARA IMPLANTAR PLANES DE IGUALDAD

Orden SSI/1196/2013, de 25 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad y se convocan las correspondientes a 2013. (BOE núm. 154, de 28 de junio de 2013).

Final de la convocatoria: El plazo será el que se establezca en cada convocatoria de subvenciones.

SE ESTABLECEN COMPENSACIONES ECONÓMICAS A LOS ÁRBITROS DESIGNADOS POR LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

Real Decreto 429/2013, de 14 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las compensaciones económicas a los árbitros designados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos. (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2013).

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de solicitudes será de un mes a contar desde el día siguiente al de la comunicación del laudo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Autonómicas

SE APRUEBAN LAS AYUDAS DEL PROGRAMA DE APOYO A LA INNOVACIÓN DE LAS PYMES 2007-2013 (INNOEMPRESA), Y SE PUBLICA LA CONVOCATORIA PARA 2013 EN CATALUÑA

RESOLUCIÓN EMO/1227/2013, de 31 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras de la línea de ayudas del Programa de apoyo a la innovación de las pequeñas y medianas empresas 2007-2013 (InnoEmpresa), y se hace pública la convocatoria para el año 2013. (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 12 de junio de 2013).

Final de la convocatoria: 6 de septiembre de 2013.

¡ATENCIÓN!



LA CNMV DICTA UNA CIRCULAR PARA QUE EN LA INFORMACIÓN ENTREGADA A LOS INVERSORES ANTES DE ADQUIRIR UN INSTRUMENTO FINANCIERO Y EN SU PUBLICIDAD, SE INCLUYAN LA ADVERTENCIA DE QUE ES UN PRODUCTO NO ADECUADO PARA INVERSORES NO PROFESIONALES DEBIDO A SU COMPLEJIDAD. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA MERCANTIL, PÁG. 10.

NUEVA LEY DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS



Juan Francisco Rodríguez Estella. Abogado de Cuatrecasas Gonçalves Pereira.

En el BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013, se ha publicado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, la Ley).

La Ley, que ha entrado en vigor el día de su publicación, atiende a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones de pago.

En este contexto, la Ley introduce **novedades significativas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios**. A tal efecto, la reforma se concreta en:

- La regulación de una **moratoria de dos años para los desahucios de familias en especial riesgo de exclusión**;
- La introducción de **mejoras en el mercado hipotecario y en el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados**;
- **La modificación del proceso**

judicial de ejecución hipotecaria; y

- **La modificación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos**, tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas.

En el presente artículo, trataremos de resumir las principales medidas adoptadas por la Ley, analizando detalladamente las modificaciones rela-

tivas al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria por su relevancia para la práctica procesal.

MORATORIA DE DOS AÑOS PARA LOS DESAHUCIOS DE FAMILIAS EN ESPECIAL RIESGO DE EXCLUSIÓN

La Ley trata de dar respuesta a una necesidad social, que en muchos casos se ha tornado dramática, como son los desahucios de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y tienen unas determinadas circunstancias econó-

micas, previendo para dichos desahucios una suspensión inmediata y por un plazo de dos años.

A efectos de la Ley, los supuestos de especial vulnerabilidad son las familias numerosas, las monoparentales con dos hijos, aquéllas con un menor de tres años, las familias con un miembro con discapacidad, dependencia o enfermedad, aquéllas en las que el deudor haya agotado todas las prestaciones por desempleo y las familias que convivan con una víctima de violencia de género.

Por su parte, las circunstancias económicas que deben concurrir (todas ellas) son unos **ingresos familiares inferiores al tripe del indicador de renta de efectos múltiples** (cuatro o cinco veces para discapacitados) —es decir, que no superen los 1.600 € mensuales—, que la familia haya sufrido una **reducción significativa de sus circunstancias económicas, que la cuota hipotecaria supere el 50% de los ingresos que perciba la familia y que se trate de la única vivienda en propiedad del deudor**. Todas estas circunstancias pueden acreditarse por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento.

MEJORAS EN EL MERCADO HIPOTECARIO Y EN EL RÉGIMEN DE VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIENES HIPOTECADOS

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (Legislación General. Marginal: 677582).
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. (Legislación General. Marginal: 409694).
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. (Legislación General. Marginal: 3669).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación General. Marginal: 12615). Arts.; 552.1, 557.1, 561.1, 575.1, 579, 647.1, 654, 668, 670, 671, 682, 691.2, 693, 695, 699.

La Ley introduce determinadas modificaciones en la normativa hipotecaria, siendo especialmente relevante la limitación de los intereses de demora que pueden cobrar las entidades bancarias en las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual a tres veces el interés legal del dinero, prohibiéndose la capitalización de estos intereses y estableciéndose que, en el supuesto de que el valor de realización no sea suficiente para cubrir el valor de la deuda, dicho valor se aplicará en todo caso antes al principal y después a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar intereses.

Asimismo, la Ley fortalece el régimen de venta extrajudicial (ante

notario) de bienes hipotecados, introduciendo mecanismos de suspensión del procedimiento en caso de que existan cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, a la que posteriormente nos referiremos.

Adicionalmente, la Ley **refuerza la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito**, obligando a éstas a aceptar cualquier tasación aportada por un cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y no haya caducado. De igual manera, se limita la presencia de las

entidades de crédito en el accionariado de las sociedades de tasación mediante la reducción del 25% al 10% del porcentaje que otorga el carácter de representación significativa y se faculta al Consejo de Consumidores y Usuarios para requerir al Banco de España a que inicie un procedimiento sancionador contra una tasadora.

Por último, la Ley establece una serie de medidas de prudencia financiera, reforzando las obligaciones de información en relación con cláusulas especialmente complejas en la comercialización de los préstamos hipotecarios (como las cláusulas suelo, cláusulas de hipotecas multidivisa, swaps de intereses, etcétera) para las que se exige su aceptación por expresión manuscrita.

LA MODIFICACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La Ley introduce diversas **modificaciones en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil** (en adelante, LEC) **con el fin de agilizar y flexibilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria y, sobre todo, incrementar la protección de los derechos e intereses del deudor hipotecario.** A continuación, analizaremos las modificaciones de la LEC relativas al proceso judicial de ejecución hipotecaria (artículos 552.1, 557.1, 561.1, 575.1, 579, 647.1, 654, 668, 669.1, 670.1, 671, 682, 691.2, 693, 695 de la LEC), distinguiendo los siguientes apartados:

Suspensión de la ejecución en el caso de existencia de cláusulas abusivas

La primera de las reformas contenidas en la Ley es consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11. Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa). La Sentencia declaró que la normativa española sobre ejecución hipotecaria era contraria al derecho europeo protector de los consumidores y usuarios, en tanto que no preveía la posibilidad de discutir el carácter abusivo de una cláusula del préstamo en el procedimiento de ejecución o, en su caso, la posibilidad de suspender cautelarmente el proceso de ejecución hasta tanto no se discutiera, en el procedimiento declarativo correspondiente, el posible carácter abusivo del préstamo y, por tanto, su nulidad.

La Ley prevé que la posible nulidad de una cláusula del título ejecutivo pueda ser discutida en el procedimiento de ejecución. De este modo, al tratar de la denegación del despacho de la ejecución, se prevé que **si el Juez aprecia que alguna cláusula del título ejecutivo puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes y acordará lo procedente** (artículo 552 LEC).

Asimismo, **la posible nulidad de la cláusula se incorpora como motivo de oposición a la ejecución**, tanto al referirse a la ejecución de títulos no judiciales ni arbitrales (artículo 557.1 LEC) como al regular las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (artículo 695 LEC).

Por último, **el Juez, al resolver la oposición a la ejecución, y en el caso de considerar abusiva algu-**

“Si el Juez aprecia que alguna cláusula del título ejecutivo puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes y acordará lo procedente”

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, (Marginal: 7008)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de Mayo de 2013, Nº Rec. 20/2013, (Marginal: 2428545)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia de 15 de Mayo de 2013, Nº Rec. 531/2011, (Marginal: 2426404)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 2 de Mayo de 2013, Nº Rec. 13/2011, (Marginal: 2423929)

na cláusula del título ejecutivo, determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien el despacho de la misma sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas (artículo 561.1 LEC).

Limitación del importe de las costas procesales

Otra medida clara de protección de los consumidores es la **limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en los supuestos de ejecución de vivienda habitual**. En tales casos, las costas procesales **no excederán del 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva** (artículo 575.1 LEC).

Especialidades de la ejecución dineraria en casos de bienes hipotecados o pignorados

En los supuestos de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, y siempre que el remate hubiera sido insuficiente para cubrir el importe total de la deuda, la Ley reconoce determinadas **circunstancias que podrán suponer una rebaja de la cantidad pendiente de pago**: (i) **el deudor hipotecario quedará liberado cuando cubra el 65% de la cantidad restante dentro del plazo de cinco años, o el 80% dentro del plazo de diez años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación**; (ii) la deuda remanente se verá reducida en el 50% de la plusvalía de la venta de la vivienda habitual si el adquirente la enajenara antes de que transcurran diez años desde la aprobación del remate o adjudicación. Además, si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exce-



da del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente (artículo 579 LEC).

Depósito o aval bancario para participar en la subasta de bienes muebles

Con el objeto de facilitar el acceso de los postores a las subastas, **la Ley rebaja el importe del depósito o aval bancario para participar en la subasta de bienes muebles e inmuebles al 5% del valor de tasa-**

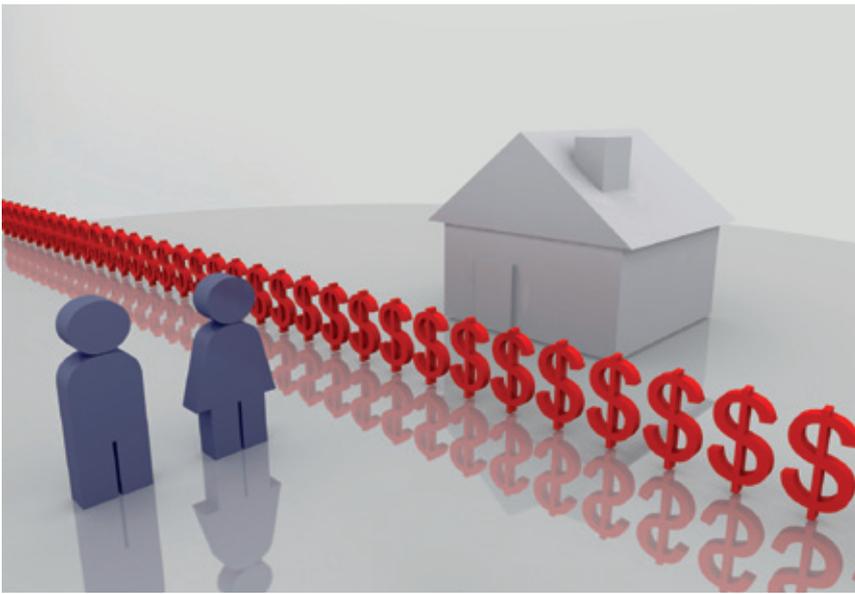
ción de los bienes, frente al 20% exigido con anterioridad (artículos 647.1 y 669.1 LEC).

Reglas de imputación de pagos

La Ley introduce reglas de imputación de pagos para aquellos supuestos en que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución, imputándose dicha cantidad por el orden siguiente: **intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas** (artículo 654 LEC).

“Si la subasta por la ejecución de inmueble que no sea vivienda habitual quedara desierta, el artículo 671 LEC incorpora ahora la previsión de que el acreedor pueda adjudicarse la vivienda por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta”

“Se introduce la exigencia de que hayan vencido al menos tres plazos mensuales para poder proceder a ejecutar la hipoteca”



Anuncio de la subasta de bienes inmuebles

La Ley establece **nuevas reglas para el anuncio y la publicidad de la subasta de bienes inmuebles**. Así, el anuncio deberá incluir también datos registrales, la referencia catastral si la tuviera, la situación posesoria si le consta al Juzgado así como la valoración inicial para la subasta y, además, la subasta deberá publicarse en el portal de subastas judiciales y electrónicas del Ministerio de Justicia (artículo 668 LEC).

Aprobación del remate en subastas de bienes inmuebles

Con el fin de favorecer el resultado de las subastas, **la Ley amplía**

el plazo para la consignación del precio total del remate, de veinte a cuarenta días, para los supuestos de adjudicación del bien inmueble subastado al mejor postor.

Asimismo, y para los casos de ejecución de vivienda habitual, **la Ley eleva del 60% al 70% del tipo por el que el bien hubiese salido a subasta el valor por el cual el acreedor puede adjudicarse el inmueble**, siempre que la cantidad que se le deba por todos los conceptos sea superior a este porcentaje. Si la cantidad que se le debe es inferior al 70%, el acreedor podrá, como en la redacción anterior, adjudicarse el inmueble por el 60% de su valor (artículo 670 LEC).

Para los supuestos de **ejecución de inmueble que no sea vivienda habi-**

tual, si la subasta quedara desierta, el artículo 671 LEC incorpora ahora la previsión de que el acreedor pueda adjudicarse la vivienda por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta.

Valor de tasación a efectos de la ejecución hipotecaria

La Ley introduce por primera vez un límite que sirve de tipo en la subasta. Así, de conformidad con la nueva redacción del artículo 682 LEC, el valor de tasación a efectos de ejecución no podrá ser inferior al 75% del valor señalado en la tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Cooperación del deudor

La Ley prevé otra mejora en el procedimiento de subasta consistente en la posibilidad de que la **deuda hipotecaria se vea reducida en hasta un 2% del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado cuando el poseedor del inmueble hipotecado objeto de la subasta facilite la inspección del inmueble por los interesados en su adquisición y colabore adecuadamente** ante los requerimientos del tribunal para facilitar el mejor desarrollo de la subasta. La reducción de la deuda hipotecaria deberá ser solicitada por el deudor y será acordada, en su caso, por el tribunal, previa audiencia del ejecutante por plazo no superior a cinco días (artículo 691.2 LEC).

Requisito de un mínimo de tres meses de impago para poder ejecutar la hipoteca

Con anterioridad a la reforma de la Ley, el vencimiento de un plazo mensual sin que el deudor cumpliera su obligación permitía el acceso a la ejecución hipotecaria. Sin embargo, la

Ley introduce en el artículo 693 LEC **la exigencia de que hayan vencido al menos tres plazos mensuales** o, en su caso, un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación de pago por un plazo al menos equivalente a tres meses, **para poder proceder a ejecutar la hipoteca.**

Además, la Ley ya no exige que esta causa de vencimiento anticipado conste inscrita en el registro de la Propiedad para poder reclamar el importe íntegro de la deuda por el proceso de ejecución hipotecaria, sólo que esté pactada en la escritura de constitución de la hipoteca o de la prenda.

Otras medidas

La Ley también introduce importantes modificaciones en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, extendiendo el ámbito de protección de dicha norma a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, am-

pliando el umbral de exclusión para que más deudores puedan beneficiarse de las medidas e incrementando los requisitos de su acreditación.

Asimismo, **la Ley regula la dación en pago como obligatoria para las entidades adheridas cuando hayan transcurrido doce meses desde la solicitud de reestructuración de la deuda y lo solicite el deudor tras la inviabilidad de tales medidas de reestructuración.** En estos casos, el deudor podrá solicitar permanecer en la vivienda durante dos años satisfaciendo una renta del 3% anual de la totalidad de la deuda. Así las cosas, la Ley no reconoce la petición de los colectivos sociales de establecer la generalización de la dación en pago, esto es, la entrega de la vivienda, en caso de impago del préstamo hipotecario, sin que el banco pueda reclamar nada más allá del valor del inmueble entregado. Esto significa que, como regla general, si el valor de adjudicación del inmueble no cubre la totalidad de la deuda, la entidad financiera podrá seguir reclamando la suma no cubierta, la cual además devengará intereses de demora.

Por último, la Ley, en un nuevo intento de impulsar el parque inmobiliario de nuestro país, incluye un mandato al Gobierno a fin de que emprenda las medidas necesarias para potenciar, junto con el sector financiero, la promoción de un fondo social de viviendas que proporcione cobertura a quienes hayan sido desalojados de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

Como conclusión a lo expuesto, queremos poner de manifiesto que la Ley cuenta tanto con defensores, que opinan que se ha establecido el marco legal adecuado para salvaguardar los intereses de deudores hipotecarios dignos de protección, como con detractores, que consideran que la Ley es insuficiente e injusta al no haber respetado las peticiones de la iniciativa legislativa popular y dejar fuera a la inmensa mayoría de los afectados. En cualquier caso, nos parece muy positivo todo intento de poner freno al drama de numerosas familias que se enfrentan en la actualidad al desahucio de sus viviendas por no poder hacer frente a sus obligaciones de pago. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2013.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2ª Edición 2012. Actualizado*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- BLÁZQUEZ GODOY, AUXILIADORA. *Desahucios: protección de colectivos vulnerables*. Inmueble Nº 127. Diciembre-enero 2013. (www.revistainmueble.es)

LOS CAMBIOS EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA POR LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA DE LA LEY 17/2012, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2013, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2012



Beatriz Aguilera Álvarez. Abogada. Gerente del área de Derecho Administrativo de Deloitte Abogados.

La expropiación forzosa puede definirse como un instrumento de Derecho Público consistente en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a la Administración Pública, o a otro particular, por razón del interés público y previo pago de una indemnización.

La regulación actual de la expropiación forzosa se contiene básicamente en la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en lo sucesivo LEF) y en el Reglamento de 26 de abril de 1957. Además aparece regulada en los artículos 33 y 149.1.18 de la Constitución, así como en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio 2008, del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

En toda expropiación forzosa concurren los siguientes elementos:

– **Elemento subjetivo**, que está formado por el *expropiante* (titular de la potestad expropiatoria y que, según la LEF, sólo corresponde al Estado, la Provincia, el Municipio,

y a las Comunidades Autónomas), el *expropiado* (titular de las cosas, derechos o intereses objeto de la expropiación. La característica más importante es que el status de expropiado no lo adquiere en virtud de ninguna cualidad ni circunstancia personal, sino como

consecuencia de su relación con las cosas objeto de la expropiación) y el *beneficiario* (adquirente inmediato de la transmisión forzosa que se efectúa o el que, dicho de otro modo, se beneficia directamente del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta

en una transmisión de propiedad. El Reglamento lo define diciendo que es el sujeto que representa el interés público o social, para cuya realización está interesado a instar a la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiado).

- **Elemento objetivo**, el cual no se limita a bienes inmuebles, sino que también se extiende a los demás derechos e intereses patrimoniales legítimos. De hecho, el Reglamento habla incluso de expropiaciones de facultades parciales del dominio o de derechos o intereses legítimos.
- **Elemento causal** (causa de la expropiación), que es el elemento esencial de esta figura jurídica y que lo conforma, bien la utilidad pública, bien el interés social.

En lo que al **procedimiento expropiatorio** se refiere, éste **variará en función de si se trata del procedimiento ordinario o del procedimiento de urgencia**. Y ello porque dentro de dicho procedimiento ordinario regulado en el Título II de la LEF, existe una modalidad extraordinaria por razón de la urgencia que tiene para el interés general disponer de los bienes o derechos expropiados. Ahora bien, a pesar de que es una modalidad que nació con vocación de excepcionalidad, lo cierto es que prácticamente desde la aprobación de la LEF el **procedimiento de urgen-**



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. (Normas básicas. Marginal: 4875).
- Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. (Normas básicas. Marginal: 632407).
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo. (Legislación General. Marginal: 79362).
- Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo. (Legislación General. Marginal: 309143).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Normas básicas. Marginal: 185).

cia ha venido siendo utilizado de modo sistemático hasta el punto de que se ha convertido en el procedimiento normal de expropiación (por no decir el único) y se ha producido la inversión de dicha regla: es decir, actualmente es la expropiación a través del procedimiento ordinario la que constituye una auténtica excepción.

Pues bien, dicho cambio no es baladí en la medida en que la principal particularidad que presenta el procedimiento de expropiación urgente es que la ocupación tiene lugar con antelación a la determinación del justiprecio y del pago del mismo. En

otras palabras y para una más fácil comprensión: **si en el procedimiento ordinario la Administración expropiante valora, paga y ocupa, en el procedimiento de urgencia ocupa, valora y paga.**

De forma resumida, **el iter procedimental de la expropiación urgente** que, recordemos, es el utilizado como norma general por la Administración a la hora de expropiar, es el siguiente:

- Una vez producida la declaración de urgencia, el trámite de declaración de la necesidad de ocupación se entiende cumplido con la apro-

“A partir del 1 de enero de 2013, la indemnización al expropiado solo existirá si se acredita la existencia de un daño de una forma efectiva y evaluable en un procedimiento separado de responsabilidad patrimonial”

bación del proyecto de obras o servicios que motiva el procedimiento expropiatorio.

- Al objeto de proceder a la ocupación inmediata de los bienes, la Administración levantará el acta de ocupación notificándolo a los interesados para que se personen y dando la adecuada publicidad a dicho levantamiento en los boletines y periódicos correspondientes.
- En el día y hora señalados para la ocupación se levantará un acta previa a la ocupación en la que se describirá el bien o derecho expropiable, se harán constar las alegaciones de los interesados así como el resto de información relevante para su valoración.
- A la vista del acta previa a la ocupación, la Administración expropiante formulará las hojas de depósito

previo a la ocupación y la cantidad fijada será consignada. Además de este depósito previo a la ocupación, la Administración deberá abonar o consignar las indemnizaciones que procedan por los perjuicios causados como consecuencia de la rápida ocupación.

- Tras el pago o consignación de dichos conceptos, en el plazo de 15 días la Administración expropiante ocupará efectivamente el bien expropiado. Una vez producida dicha ocupación, se tramitará el expediente en sus fases de justiprecio y pago, según las reglas del procedimiento ordinario. Tras el pago, se extenderá el acta de ocupación definitiva, que es título bastante a efectos registrales.

Una vez establecidas las características fundamentales de la figura de la expropiación forzosa, a continuación

pasamos a explicar las **importantes novedades que la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2013 ha introducido en la LEF.**

En este sentido, con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, **la LEF ha quedado modificada en dos cuestiones puntuales: la composición del Jurado Provincial de Expropiación y la figura de la retasación.** Además, **introduce una novedad respecto a la indemnización que corresponde al expropiado en caso de nulidad del expediente de expropiación.**

Esta modificación se enmarca claramente dentro de un escenario de restricciones y ajustes presupuestarios de la Administración, ya que incorpora mecanismos que van en última instancia encaminados a generar importantes ahorros a las Administraciones expropiantes.

Pues bien, a pesar de la escasa difusión que ha tenido esta reforma, es importante poner de manifiesto que las modificaciones introducidas presentan gran relevancia y merecen, por ello, ser tomadas en consideración, ya que van a afectar directamente a los derechos de los expropiados.

Es cierto que en los últimos años, especialmente en procedimientos expropiatorios relativos a proyectos de obras cercanos a las ciudades, se han realizado valoraciones que en ocasiones se han situado muy por encima del valor real del bien expropiado, generando importantes problemas a las Administraciones expropiantes, máxime en una situación de crisis económica y financiera como la actual.

Y para intentar paliar esta situación, desde un punto de vista legis-

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2012, N° Rec. 1452/2009, (Marginal: 2429883).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2009, N° Rec. 6907/2005, (Marginal: 308186).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de fecha 5 de noviembre de 2008, núm. 522/2008, N° Rec. 142/2005, (Marginal: 2429884).

lativo se han adoptado dos medidas relevantes. Una ha sido la aprobación del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo, el cual, presumiblemente limitará algunos de los excesos producidos hasta ahora en la medida en que, dicho de forma muy resumida, deja fuera de la valoración las meras expectativas y valora la situación real del bien o derecho objeto de expropiación.

La segunda de las medidas adoptadas para tratar de buscar un equilibrio adecuado entre los derechos e intereses de Administración expropiante/beneficiario/sujeto expropiado es precisamente la modificación de la LEF cuyo contenido paso a exponer a continuación.

– Respecto a la **composición del Jurado Provincial de Expropiación**, se modifica el artículo 32.1 b) de la LEF y se añade un apartado e) al mismo. A través de esta modificación **se amplía de uno a dos el número de funcionarios y se reducen en cuanto a su especialidad los criterios establecidos en la redacción anterior**. En concreto, la actual letra de la Ley se limita a señalar que estos dos funcionarios técnicos designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, y “*serán nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar*”; además, se añade la participación de un nuevo miembro, que será “*el Interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya*”.

Así pues, por un lado **se incrementa la capacidad decisoria de la Delegación de Hacienda de la provincia a la hora de seleccionar los miembros técnicos del Jurado de Expropiación**, y por otro lado, **se acerca el**

modelo estatal al modelo técnico de los jurados autonómicos, el cual había sido consagrado por el Tribunal Supremo al resolver los contenciosos sobre justiprecios fijados por los órganos autonómicos.

Como aspecto positivo de esta modificación cabe señalar que se obtiene una **mayor especialización de los miembros del Jurado**, lo que en principio redundará, en base a sus conocimientos específicos, en la obtención de valoraciones más ajustadas a los criterios legales. Al respecto, no cabe duda de que, desde un punto de vista técnico, no es lo mismo efectuar una valoración de un aprovechamiento minero (que incluye tanto la valoración del recurso propiamente dicho como la maquinaria correspondiente para dicha actividad) que la valoración de un suelo con destino agrario. Parece razonable pensar que una mayor especialización del órgano que valora ofrecerá mayores garantías de obtener una valoración más ajustada a los criterios contemplados en la normativa de aplicación.

Como aspecto menos favorable, quizá cabría señalar el riesgo de que, al quedar más abierta la redacción del artículo de la LEF, la Administración pueda en ocasiones incurrir en cierta arbitrariedad a la hora de conformar el Jurado,

de forma que la apariencia de independencia e imparcialidad que se le presume a los miembros del mismo pudiera verse perjudicada.

– En lo que se refiere a la figura de la **retasación** regulada en el artículo 58 de la LEF, la modificación radica en lo siguiente: por un lado, una **ampliación del plazo para poder solicitar la valoración y por otro, la previsión expresa de que la consignación o pago impide la solicitud de retasación**.

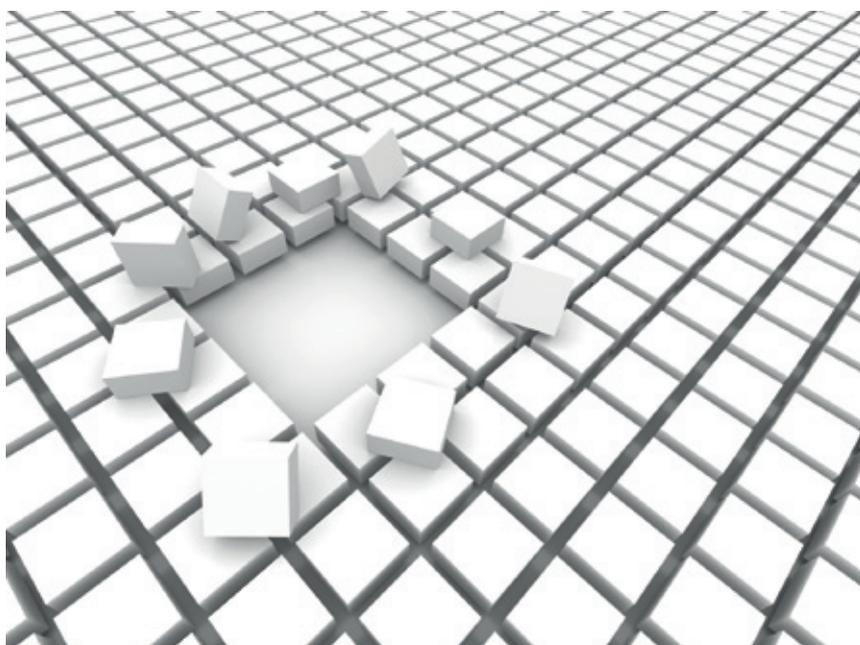
En efecto, en primer lugar **se amplía de dos a cuatro años el plazo para solicitar la retasación** de “*las cosas o derechos objeto de expropiación*” si durante este plazo de tiempo no se ha hecho efectivo o no se ha consignado la cantidad fijada como justo precio.

Es decir, **para que el expropiado tenga derecho a la retasación será necesario (i) que hayan transcurrido 4 años desde la fijación del justo precio, y (ii) que no se haya consignado ni realizado el pago de la cantidad fijada**.

Al respecto, debe ponerse manifiesto que la retasación es, junto con los intereses de demora, una garantía patrimonial fundamental de los expropiados ante la demora de la Administración en el pago

“Para que el expropiado tenga derecho a la retasación será necesario (i) que hayan transcurrido 4 años desde la fijación del justo precio, y (ii) que no se haya consignado ni realizado el pago de la cantidad fijada”

“La Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2013 ha modificado la LEF en dos cuestiones puntuales: la composición del Jurado Provincial de Expropiación y la figura de la retasación”



del justiprecio. Lógicamente, esta garantía tiene sentido si los terrenos incrementan de precio con el transcurrir del tiempo y, sin embargo, lo pierde en aquéllas épocas en las que los precios no suben o incluso pueden llegar a disminuir.

En cualquier caso es importante tener en cuenta que, si una vez retasado el bien, el importe fuera inferior al justiprecio fijado en su día, el afectado tendrá derecho a seguir cobrando éste, ya que en última instancia la retasación constituye

una garantía o derecho del expropiado.

Por otro lado, la nueva redacción del artículo 58 de la LEF establece que *“una vez efectuado el pago o realizada la consignación, aunque haya transcurrido el plazo de cuatro años, no procederá el derecho a la retasación”*.

Señalamos esta cuestión por su importancia, ya que pone fin a una larga discusión doctrinal acerca de la relevancia del pago como impe-

dimento o no para solicitar la retasación con posterioridad al mismo.

En este sentido, los Tribunales establecieron la doctrina según la cual si el afectado recibía el pago antes de solicitar la retasación se entendía renunciada tácitamente la retasación, mientras que, una vez solicitada, el pago posterior no la enervaba salvo renuncia expresa.

Sin embargo el **Tribunal Supremo**, en fallos más recientes, vino a matizar dicha doctrina. Al efecto, y teniendo en cuenta la voluntad del expropiado, establecía que **el pago no era suficiente para estimar la renuncia tácita a la retasación**.

Ahora, con la **nueva redacción**, dicha discusión queda zanjada, ya que se **establece de forma expresa que la consignación o pago impide la solicitud de retasación**.

Esta modificación pretende poner fin a situaciones que se han venido produciendo en la práctica, consistentes en sucesivas solicitudes de retasaciones que se prolongaban a lo largo del tiempo manteniendo abiertos expedientes expropiatorios de forma casi indefinida con los problemas evidentes que esto genera. En definitiva, se trata una vez más de intentar buscar una situación de verdadero equilibrio entre los intereses y derechos de los entes expropiantes y los de los expropiados.

- Por último, se introduce una nueva Disposición Adicional en la LEF dedicada a regular el **derecho del expropiado a ser indemnizado en casos de nulidad del expediente expropiatorio**. En este sentido, el expropiado sólo será indemnizado si acredita haber su-

frido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Se aparta así de la doctrina jurisprudencial (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009) que reconocía con carácter general un 25% más de justiprecio en caso de expropiación ilegal.

En efecto, hasta la fecha, los tribunales han otorgado la compensación al interesado en caso de que, respecto de todo o parte del terreno, se decretase la imposibilidad de devolución, mediante el abono del valor del suelo al momento de producirse el daño (artículo 141 de la LRJPAC) a lo que debía añadirse, normalmente, una indemnización equivalente al 25% del valor del suelo en el supuesto en que se declarase la nulidad del expediente de expropiación y un 5% de premio de afección al objeto de no dejar en peor situación al expropiado legal que al ilegal.

Esta indemnización equivalente al 25% del valor del suelo se fijaba, por ejemplo, una vez acreditada la nulidad por vicios formales en la tramitación del procedimiento expropiatorio. Un caso muy conocido es el del procedimiento expropiatorio llevado a cabo para la ejecución del proyecto de la obra relativa a la construcción de la “Autopista de Peaje R-4 Madrid a Ocaña” cuya nulidad se decretó en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 5 de noviembre de 2008 (ratificada posteriormente en Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2012), por vicios graves en el procedimiento de declaración de necesidad de ocupación.

En conclusión, a **partir del 1 de enero de 2013, con la nueva modificación y remisión al artículo 139 de la LRJPAC, la indemnización al expropiado solo existirá si se acredita la existencia de un daño de una forma efectiva y evaluable en un procedimiento separado de responsabilidad patrimonial, debiendo, además, efectuar el cálculo de la indemnización debida de forma particular**

para cada caso individualizado.

Desde el punto de vista de la Administración expropiante esta modificación, si bien a priori podría parecer que favorece sus intereses, dicho beneficio es, en mi opinión, matizable. Y ello porque frente a la seguridad que ostentaba con la situación anterior (derivada del previo conocimiento de la indemnización que debería, en su caso, abonar, consistente en un porcentaje fijo) se aprecia ahora el riesgo cierto de la subjetividad que conlleva un nuevo procedimiento, en este caso de responsabilidad patrimonial y, con ello, la incertidumbre de la indemnización que en cada caso pueda ser condenada a abonar (y que en ocasiones podría llegar a exceder del referido 25% del valor del suelo).

Como suele ser habitual en reformas legislativas de esta índole, la eficacia práctica de las modificaciones introducidas en la LEF sólo podrá ser apreciada con el paso del tiempo y a la vista de la jurisprudencia que se vaya consolidando al respecto. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- DE SANTOS SÁNCHEZ, MARTA. *En una expropiación forzosa, ¿Qué son las Juntas de Compensación?* Inmueble Nº 82. Junio 2008. (www.revistainmueble.es)
- REDACCIÓN. *¿Cómo puedo vender una finca que está afectada por un procedimiento de expropiación forzosa?* Inmueble Nº 74. Septiembre 2007. (www.revistainmueble.es)

DISTINTAS VÍAS DE COMUNICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL



Antonio Valverde Estepa. Abogado de Cremades & Calvo - Sotelo Abogados.

En términos generales, los contratos surgen con vocación de permanencia en el tiempo y con el ánimo, al menos presunto, de ser cumplidos por quienes los constituyen. Fue Ulpiano, miembro del Tribunal de los Muertos junto a los excelsos juristas de su época Paulo, Gallo, Papiniano y Modestino, a quien en el Digesto se le atribuye la expresión latina conocida como “Pacta sunt servanda”, que traducida al español viene a significar que los contratos deben ser cumplidos.

No obstante, en multitud de ocasiones, y por dispares circunstancias y matices, los acuerdos no son llevados a término por los contratantes y en definitiva se produce una cierta quiebra del meritado axioma latino, por lo que en no pocas ocasiones e incluso antes de acudir a la vía jurisdiccional, se hace necesario intimar extrajudicialmente a la contraparte en el acuerdo a fin de lograr nuestros objetivos, o de demostrar cierta buena fe pre procesal, que puede ser útil y hasta beneficiosa ante eventuales litis.

En estos casos, estamos pre constituyendo una prueba que en un momento dado, nos puede servir para ganar un pleito, pues estas surgen de la realidad extrajurídica y es luego, cuando son convertidas por el Derecho en elementos de prueba en el ámbito de un procedimiento, donde pueden ser de gran utilidad. Repárese a modo de ejemplo en la importancia que encierra en determinadas relaciones jurídicas probar que hemos dirigido a alguien una comunicación de cualquier tipo requiriéndole en uno u otro sentido.

Nos referimos a las distintas vías de comunicación de las que disponemos para resolver un contrato y su eficacia de cara a posibles futuros encuentros en los Juzgados si no es aceptada de contario. Con este artículo nos proponemos estudiar someramente cada

uno de los instrumentos, los tradicionales y los más novedosos, que a nuestro alcance tenemos para resolver contratos en general, y en especial el método a seguir cuando se trate de una compraventa de inmuebles del Artículo 1504 del Código Civil.

Conviene avanzar que las vías resolutorias a analizar son las siguientes:

- **Actas de notificación y requerimiento.**
- **Carta Certificada y Fax.**

- Buofax.
- Correos electrónicos.
- Correo electrónico y SMS Certificados.

Esa “fabricación” de prueba a la que nos referíamos con anterioridad no puede ser arbitraria, ni mucho menos efectuarla de cualquier modo, pues entonces generaríamos una indeseable inseguridad en el tráfico jurídico que a nadie interesa. Es por ello que debe ser intentada por medios eficaces para que con posterioridad goce de valor probatorio. Diferenciaremos a efectos prácticos y de tratamiento por los órganos judiciales a la luz de lo dispuesto en nuestra legislación, entre documentos públicos (actas o requerimientos notariales) privados o de parte (el resto de los citados).

Ya desde este momento conviene poner de manifiesto que **la Jurisprudencia únicamente considera como medios de notificación fehacientes**, en el ámbito al que nos referimos, el **Acta de Requerimiento Notarial y el Buofax con certificado de contenido y acuse de recibo**, por lo que como primera conclusión y consejo se debe utilizar, en la medida de lo posible, estos dos instrumentos, sin perjuicio de analizarlos todos y de enfatizar en los dos últimos de los propuestos por su cierta novedad (cuentan con pocos años de vigencia) y presumible progresión a medio plazo.



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716).Arts.1124, 1218, 1256, 1504.
- Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. (Legislación General. Marginal: 62505). Arts. 202 a 206
- Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas.Marginal:12615).Art. 319, 326, 326.1.

ACTAS DE NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO

Es a buen seguro el más idóneo y garantista de entre las vías para comunicar la resolución de un contrato. Se encuentra regulada en el Reglamento Notarial, Arts. 202 a 206, por cuya importancia merece ser transcrito, al menos el primero de ellos:

“Artículo 202.

Las actas de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta.

El notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

Siempre que no se utilice el procedimiento a que hace referencia el párrafo anterior, el notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar

“La jurisprudencia ha señalado que la ‘notificación fehaciente’ del contenido de una declaración de voluntad no exige el conocimiento real de la misma por el notificado, sino simplemente la puesta a su disposición de tal conocimiento”

designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo.

La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula que, suscrita por el notario con media firma al menos, contendrá el texto literal de la notificación o el requerimiento y expresará el derecho de contestación del destinatario y su plazo, conforme al artículo 204. Si la diligencia se entendiera con persona distinta de éste, la cédula deberá entregarse en sobre cerrado en el que se hará constar la identidad del notario y el domicilio de la Notaría. El notario advertirá, en todo caso, al receptor de la obligación de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere.

La cédula podrá ir extendida en papel común y no será necesario dejar en la matriz nota de su expedición; bastará indicar el carácter con que se expide y la fecha de su entrega.

El notario siempre que no pueda hacer entrega de la cédula deberá enviar la misma por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, o por cualquier otro

procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega.

La diligencia podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el notario.

Si se hubiere conseguido cumplimentar el acta, se hará constar así, la manera en que se haya producido la notificación y la identidad de la persona con la que se haya entendido la diligencia; si ésta se negare a manifestar su identidad o su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, se hará igualmente constar. Si se hubiere utilizado el correo, o cualquier otro medio de envío de los previstos en este artículo, se consignarán sucesivamente las diligencias correspondientes.

La notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo”.

El único inconveniente de usar este medio de notificación es el precio, pues comparándolo con los restantes medios propuestos es ligeramente superior. Ahora bien, desde el punto de vista procesal es conveniente, pues por aplicación de los artículos 1218 del Código Civil, en relación con el 319 de la LEC, su valor probatorio es pleno.

CARTA CERTIFICADA Y FAX

Innecesario resulta definirlos pues son conocidos por todos. **La carta garantiza la recepción de documentos por una persona determinada pero tiene como inconveniente importante, igual que el fax**, que en ningún caso certifica el contenido de lo remitido, por lo que es fácilmente desvirtuable de contrario con la simple aseveración (aunque sea falsa) de que lo recibido era un mero papel en blanco, que el fax se encontraba inoperativo, sin tinta o averiado. Atractivos por su bajo coste, pero poco aconsejables para comunicar una resolución contractual desde nuestro punto de vista.

BUROFAX

Muy de moda y usado por todos nosotros. **Su coste no es excesivamente elevado habida cuenta de que goza del requisito de la fehaciencia por parte de la Jurisprudencia cuando se envía con certificado de su contenido y acuse de recibo.**

En nuestra opinión, a día de hoy ocuparía el segundo puesto del escalón en un hipotético ranking de efectividad para notificar la resolución de un contrato, tras el requerimiento notarial analizado ex ante. Vino a sustituir al antiguo telegrama y por su comodidad, al poder ser enviado desde cualquier oficina de Correos o incluso ser generado virtualmente desde nuestro ordenador se ha convertido en una vía de comunicación generalizada y aconsejable.

En contra tiene como cualquier otro de los citados el que sea rechazado en cuanto a su recepción, más ello ha sido salvado por la Jurisprudencia en el sentido de que basta con haber requerido fehacien-



temente a alguna persona, sin que sea necesario para que la notificación surta sus efectos el hecho de que el receptor lo acepte o no.

En el supuesto de que no haya sido posible entregarlo a la persona a quien iba dirigido, igualmente se le tiene por notificado porque se le deja nota para que acuda a Correos a recoger la comunicación, por cuya pasividad o negativa injustificada, no puede dejar de considerarse como notificación realmente efectuada. Aceptar lo contrario supondría dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes, algo rechazable en nuestro sistema según la dicción literal del Art. 1256 de nuestro Código Civil.

CORREOS ELECTRÓNICOS

De uso igualmente generalizado por gran parte de la población, **no go-**

zan de valor probatorio pleno en nuestro ordenamiento por lo fácil que resulta su manipulación. Así lo ha entendido la Jurisprudencia. De conformidad con el Art. 326.1 de la LEC, gozarán de pleno valor probatorio en el supuesto de que no sean impugnados de contrario.

No presentan inconveniente en cuanto al precio, pues son gratuitos, pero es necesario acreditar cierta veracidad, y para ello es aconsejable usar el Certificado Electrónico, es decir que nuestro mail venga avalado por la certificación de la firma electrónica, pues es de tener en cuenta que el apartado 3 del anteriormente aludido Art. 326, incorpora como elemento de prueba el documento electrónico.

Por lo tanto pueden ser usados para notificar una resolución contractual, aunque con menos garantías ante un eventual proceso

judicial, pues no goza de fehacencia, aunque "*Quod scriptum, scriptum est*", lo escrito, escrito está y si bien es cierto que tal vez no pueda ser considerado por parte del Juez como una prueba irrefutable, igualmente cierto es que puede operar como un indicio favorable a nuestra posición procesal, a valorar conjuntamente con la actuación desplegada de contrario a raíz del contenido de nuestra comunicación, formando criterio el Juzgador de lo que realmente sucedió en un momento dado.

Repárese por ejemplo en la relevancia que están teniendo los correos electrónicos en las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Palma de Mallorca, por la que se investigan la comisión presunta de hechos delictivos imputados a Urdangarín, que ponen de manifiesto la eficacia de los mismo en sede judicial.

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Noviembre de 2012, núm. 672/2012, Nº Rec. 715/2010, (Marginal: 2411604).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de Julio de 2011, núm. 315/2011, Nº Rec. 2228/2006, (Marginal: 2309774).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 25 de Junio de 2004, núm. 387/2004, Nº Rec. 162/2004, (Marginal: 2428985).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Diciembre de 1997, núm. 1133/1997, Nº Rec. 3105/1993, (Marginal: 2428986).

CORREO ELECTRÓNICO Y SMS CERTIFICADOS O BUROSMS

De menos tradición en nuestra sociedad, pues son sistemas relativamente recientes y acerca de los cuales no existe aún sólidas posiciones jurisprudenciales que de algún modo puedan delimitar su contenido. **El Correo Electrónico Certificado es una alternativa desarrollada por ciertas empresas por las que se pueden enviar mails certificados con depósito notarial, existiendo igualmente la posibilidad de soliciar testimonio de lo depositado.** El inconveniente principal que apreciamos en este sistema, aparte de que no goza del aprecio Jurisprudencial al menos a día de hoy, es que el titular del depósito es la mercantil que desarrolla el producto o aplicación, y no el ciudadano interesado que remite la

comunicación, aunque salvando ciertas dificultades y siempre y cuando los jueces entiendan que estamos ante un sistema fiable, puede convertirse a medio plazo en una interesante vía de comunicación para resolver contratos.

En cuanto a los **SMS certificados**, existen ciertos operadores de telecomunicaciones que permiten el uso de este sistema, que básicamente **consiste en el envío de un mensaje de móvil con contenido certificado mediante firma digitalmente autorizada.** Le son de aplicación las anteriormente meritadas ventajas e inconveniente expresados en cuanto a los mails certificados. Barátísimos pero con pocas garantías de éxito habida cuenta de la poca acogida jurisprudencial, pero igualmente y mutatis mutandi con el anterior sistema, de previsible tendencia alcista a medio

plazo si se dan determinadas circunstancias favorables a su admisión.

Hasta aquí las vías elegidas para la comunicación de la resolución de contratos. Restarían extraer ciertas conclusiones desde el punto de vista práctico y procesal, así como dejar constancia de alguna referencia jurisprudencial sobre el particular.

Destacaremos los siguientes apuntes jurisprudenciales. Acerca del concepto de notificación fehaciente, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas núm. 387/2004 (Sección 3ª), de 25 junio:

“La jurisprudencia ha señalado que la «notificación fehaciente» del contenido de una declaración de voluntad no exige el conocimiento real de la misma por el notificado, sino simplemente la puesta a su disposición de tal conocimiento, con independencia de que por razones voluntarias del notificado no llegue a dar lectura o instruirse del acto notificado, tal cual sucede en notificaciones por Burofax que estando dirigidas al domicilio correcto el notificado no recoge, a pesar de que se le deja aviso oficial por el Servicio de Correos. En este sentido por ejemplo la STS 9/12/1997 «Fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pero éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notifi-

“Hay que tener en cuenta que las cartas certificadas garantizan la entrega de algún documento pero no su concreto contenido, por lo que es fácilmente desvirtuable de contrario”

cación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario».

Y en similares términos la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997 al disponer que:

“Fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pero éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario”.

Finalizamos con algunas ideas que modestamente entendemos que deben ser tenidas en cuenta para evitar dificultades en lo sucesivo.

Conclusiones desde el punto de vista práctico:

- No existe ningún medio infalible de comunicación de la resolución contractual.
- En la medida de lo posible utilizar el acta de requerimiento notarial.
- En su defecto, y por el elevado coste a asumir, usar siempre el Burofax con certificado de contenido y acu-

“El Alto Tribunal ha dejado de considerar al Burofax como vía adecuada del requerimiento previsto en el Art. 1504, por no cumplir ese plus de garantía que para el vendedor prevé el mismo”



se de recibo, a salvo en el supuesto del Art. 1504 del Código Civil.

- Hay que tener en cuenta que las cartas certificadas garantizan la entrega de algún documento pero no su concreto contenido, por lo que es fácilmente desvirtuable de contrario.
- Los correos electrónicos pueden ser de gran ayuda siempre que estén digitalmente avalados con nuestra firma electrónica.
- En la medida en que sean admitidos por la Jurisprudencia, los mails certificados y los conocidos como Burosms pueden constituir una alternativa interesante.

Conclusiones desde el punto de vista procesal:

- El acta de requerimiento goza de la presunción de veracidad al estar avalado por un Notario. Tiene plena eficacia probatoria por aplicación de los preceptos citados ut supra.
- Los documentos privados tendrán el mismo valor en el supuesto que no sean impugnados de contrario.
- Los mails no firmados electrónicamente, aunque no constituyan prueba fehaciente y rotunda, tienen cierto valor indiciario.
- Lo anterior igualmente puede resultar de aplicación a cartas certificadas y a Burofax sin certificado de contenido, poniéndolo en relación con la conducta de las partes a consecuencia de la notificación.



- Sería interesante seguir las tendencias jurisprudenciales acerca del tratamiento que se dispensan a los mails y SMS certificados.

ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL

Finalmente, me propongo abordar desde el punto de vista legal y jurisprudencial la posibilidad de utilizar el tan manido **Burofax como medio de comunicación de la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles.**

Dispone el precitado precepto de nuestro Código Civil que:

“En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término,

ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término”.

Como sabemos la Jurisprudencia no es inmutable. El Tribunal Supremo no está compelido por sus anteriores pronunciamientos y puede en cualquier momento corregir la interpretación de las normas que hasta un momento determinado ha venido manteniendo y reconducirlas a la posición que considere más adecuada. Y basta con repetirlo en más de una ocasión para convertirse en la más moderna y por la tanto más autorizada Jurisprudencia, siendo de obligado acatamiento por el resto de los Órganos que componen la Planta Jurisdiccional.

Ciertamente eso es lo que ha sucedido con la **interpretación del Art. 1504 del Código en el sentido de excluir como medio de comunicación idóneo para la resolución del contrato regulado en el mismo al**

Burofax, y ello por no cumplir los requisitos que de fehaciencia prevé el meritado precepto, pues en el mismo se cita el requerimiento judicial o el acta notarial y no el Burofax. Con ello el Alto Tribunal **ha dejado de considerar al Burofax como vía adecuada del requerimiento previsto en el Art. 1504, por no cumplir ese plus de garantía que para el vendedor prevé el mismo,** rectificando con ello anteriores pronunciamientos y actualizando la posición del Tribunal acerca de este particular. Además ese cambio ha tenido lugar recientemente, en concreto el pasado año con la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre. En la misma puede apreciarse el siguiente tenor:

Esta Sala ha fijado doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 del Cc al requerimiento efectuado mediante Burofax, por continuar siendo imprescindible en

la actualidad—el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

La Sala considera que, en tanto no se haya producido el pago del precio, debe reconocerse eficacia resolutoria a la demanda en que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento, como forma de interpelación judicial literalmente contemplada en el artículo 1504 CC, por lo que procede fijar la jurisprudencia en este sentido, rectificando con ello el criterio de las sentencias anteriores en las que se ha desechado esta posibilidad. STS, Civil del 04 de Julio del 2011, recurso: 2228/2006.

De lo expuesto se deduce que se ha de desestimar el motivo y, en este aspecto, el recurso, pues se ha instado la resolución a través de la demanda que da inicio al presente procedimiento, en cuyo suplico se insta la resolución del contrato. Es decir, pese a la falta de fehaciencia del Burofax, como se deduce de nuestra propia doctrina, los requisitos del

art. 1504 del CC para la pretensión resolutoria —quedan colmados con la presentación de la demanda, interpelación judicial por excelencia— que a la postre fue estimada en segunda instancia.

Por último, también debe rechazarse que el requerimiento fuese de pago y no resolutorio, pues en los Burofax se le anuncia el inicio de acciones judiciales y la pérdida de lo entregado, lo que luego se plasma en la demanda (verdadero acto de requerimiento con trascendencia y efectividad).

Esta Sala ha establecido que: *La resolución por incumplimiento es un efecto especial de las obligaciones recíprocas que contempla el artículo 1124 del Código Civil como si de una condición se tratara y el 1504 del mismo código, como garantía para el vendedor de cosa inmueble, complemento del anterior, para el caso de que el comprador no pague el precio. En este caso, exige la norma que se practique un requerimiento, en el sentido de que el vendedor declara su voluntad de que ha optado por la resolución. En tal momento, esta se produce ipso iure pero si no es aceptada por la otra parte, la compradora, extrajudicial-*

mente, se precisa declaración judicial que lo declare. Así lo ha dicho reiteradamente esta Sala en sentencias de 12 de marzo en 1990, 15 de febrero de 1993, 28 de junio de 2002 y 1 de octubre de 2009. STS, Civil del 19 de Julio del 2010, recurso: 981/2006.

Se desprende de la lectura del extracto de la Sentencia cómo la Sala confirma el criterio que había mantenido en la Sentencia de 4 de julio de 2011 que vino a considerar que el Burofax no colmaba los requisitos exigidos por el Art. 1504 del Código Civil, considerándolo inhábil a estos efectos resolutorios.

Parece por tanto que debe concluirse que, **en lo sucesivo, debemos o bien acudir al requerimiento notarial o al judicial en forma de demanda para resolver el contrato en cuestión**, que por ser de los más comunes e importantes que toda persona concluye en su vida (ahora sujeto a las dificultades coyunturales propias de la situación económica que nos toca padecer y que esperamos se diluyan a corto o medio plazo) hemos decidido abordar a través de estas líneas que en este momento declaramos conclusas. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- MARCH ORTÍ, CARMEN. *Compraventa de inmuebles con pago aplazado*. Economist & Jurist N° 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ PÉREZ, LUIS. *Aproximación a la regulación y forma del pago en la contratación civil, mercantil e internacional*. Economist & Jurist N° 170. Mayo 2013. (www.economistjurist.es)

LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS

Ley de las Tres R: Hacia un urbanismo sostenible:
Crecimiento hacia el interior de la ciudad



Helena Beunza y Marta Velasco. Abogadas de Broseta.

Debido al contexto económico actual y, fundamentalmente, a la situación del parque edificado español (existe suelo construido capaz de acoger nuevos crecimientos urbanísticos para los próximos 45 años), el Gobierno ha llevado a cabo un cambio de modelo en la política de vivienda. Fruto de este pretendido cambio de mentalidad se publicó el pasado 28 de junio la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, más conocida como la Ley de las Tres R. Esta disposición en consonancia con la filosofía de la Declaración de Toledo, pretende hablar de mejor ciudad versus más ciudad, mediante la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada.

Todas las actuaciones que contempla esta Ley se pretenden implementar a escala, esto es, a nivel de edificación y no frente a viviendas particulares.



CUADRO 1

Los **objetivos fundamentales** de la aprobación de esta Ley podríamos resumirlos fundamentalmente en:

- **Ejercer y controlar la función social de la propiedad** (garantizando la confortabilidad y la habitabilidad requeridas en las viviendas).
- **Reactivar y reconvertir el sector de la construcción** (generando los llamados empleos verdes vinculados con el medio ambiente, en concreto, aquellos vinculados con las energías renovables y las políticas de rehabilitación y ahorro energético).
- **Adaptación a los Objetivos de la UE** - Paquete 20-20-20 «Energía y Cambio Climático» (dado que el porcentaje que representa la rehabilitación en España se sitúa 13 puntos por debajo de la media europea).

CUADRO 2

INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS (TÍTULO I)

- Constatación de la insuficiencia y falta de homogeneidad territorial de la Inspección Técnica de Edificios.
- Nuevo instrumento: **Informe de Evaluación de los Edificios.**
 - Objeto: inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva.
 - Sujeto obligado: Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva. Si se realiza por encargo de la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios que se refieran a la totalidad de un edificio o complejo inmobiliario el informe tendrá efectos para todos y cada uno de los locales y viviendas existentes.
 - Contenido: acreditación de la situación del inmueble en cuanto a:
 - Estado de conservación del edificio.
 - Cumplimiento normativa accesibilidad.
 - Eficiencia energética del edificio.

ACTUACIONES SOBRE EL MEDIO URBANO (TÍTULO II)

- Actuaciones comprendidas: **rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**.
- Sujetos legitimados: administraciones públicas, entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, cooperativas de viviendas, asociaciones administrativas, propietarios de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas, titulares de derechos reales o de aprovechamiento, así como las empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título en dichas actuaciones (artículo 8).
- Flexibilización de **trámites en orden a la realización de obras** (artículo 10), diferencia así:
 - Actuaciones que *impliquen la necesidad de alterar la ordenación urbanística vigente*, tramitadas según el procedimiento establecido por la legislación aplicable.
 - Posibilidad de aprobación simultánea de programas o instrumentos de ordenación, con la ejecución de la actuación urbanística.
 - Actuaciones que *no requieran alteración urbana*, las cuales requieren un ámbito de actuación conjunta (continuo o discontinuo) en el que será preceptiva la inclusión de:
 - Equidistribución de costes derivados de la actuación.
 - Plan de realojo temporal y definitivo, y de retorno en su caso.
- **Derechos de realojamiento y de retorno** (artículo 14): los ocupantes de los inmuebles que, con ocasión de la ejecución de las actuaciones, sean desalojados, tienen derecho a ser realojados en los términos establecidos por la Ley del Suelo y por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.
 - Imposibilidad de ofrecimiento vivienda, resarcimiento por el equivalente económico.
- **Memoria de viabilidad económica**: documentación previa a la realización de cualquier actuación urbanística.
 - Función: asegurar la viabilidad económica del proyecto y la adecuación del mismo a los límites del deber legal de conservación y a la equidistribución de las cargas derivadas.
- **La delimitación de los ámbitos de gestión y ejecución de las actuaciones objeto de esta ley**, tiene tres efectos establecidos en el artículo 12:
 - La declaración de utilidad pública o, en su caso, el interés social.
 - La ocupación de las superficies de espacios libres o de dominio público de titularidad municipal que sean indispensables para la instalación de ascensores y otros elementos para garantizar la accesibilidad universal.
 - Marca el inicio de actuaciones a realizar.
- **Fórmulas de cooperación y coordinación para participar en la ejecución de las actuaciones urbanísticas**:
 - Sujetos legitimados podrán, en virtud del artículo 15:
 - Actuar en el mercado inmobiliario, con plena capacidad jurídica.
 - Participar en los concursos públicos convocados al efecto (mediante la constitución de *asociaciones administrativas*).
 - Gestionar las obras.
 - Constituir un *fondo de conservación y rehabilitación* (nutrido de aportaciones de los propietarios).
 - Ser *beneficiarios de las medidas de fomento* establecidas por los poderes públicos.
 - Modificar, en función de las actuaciones, las escrituras públicas del régimen de propiedad horizontal.
 - Ser beneficiarios de la expropiación de las partes de pisos o locales indispensables para la instalación de servicios comunes previstos por la Administración, siempre que no exista otra solución.

- Creación de convenios para la búsqueda de financiación en relación con la realización de las actuaciones urbanísticas objeto de esta ley (artículo 17), en concreto, los siguientes:
 - Contrato de cesión.
 - Contrato de permuta o cesión de terrenos o de parte de la edificación.
 - Contrato de arrendamiento o cesión de uso de local, vivienda o cualquier otro elemento de edificio por plazo determinado.
 - Convenio de explotación conjunta del inmueble o de partes del mismo.
- Cooperación interadministrativa (artículo 18) con aquellas actuaciones concebidas en los Planes estatales, que tengan por objeto:
 - La conservación, rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas.
 - La elaboración y aprobación de los instrumentos necesarios para la ordenación y gestión de las actuaciones.
 - Aquellas otras actuaciones (en ámbitos de gestión aislada o conjunta), que eliminen la infravivienda, garanticen la accesibilidad universal o mejoren la eficiencia energética de los edificios.
- Organización de la cooperación (artículo 19): Las Administraciones Públicas cooperadoras podrán acordar mediante convenio los siguientes aspectos:
 - La organización de la gestión de la ejecución.
 - El procedimiento y la competencia para la determinación del gestor responsable de la ejecución de las actuaciones.
 - El establecimiento de los términos y las condiciones concretas en la ordenación y ejecución de la actuación de que se trate.

MODIFICACIÓN DE NORMATIVA SECTORIAL

La entrada en vigor de esta disposición, ha modificado e incluso derogado explícitamente ciertos artículos de la normativa estatal, en concreto, comprende la modificación de las siguientes leyes:

- **Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio:** Modificación del Informe de Evaluación de los Edificios, así como el establecimiento del calendario y edificios afectados por este instrumento.
- **Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio:** sustancialmente modificado, resaltamos los siguientes artículos:
 - Artículo 10.1.b): Suspensión por un plazo de cuatro años de la aplicación de la reserva de una parte proporcionada a vivienda sujeta a régimen de protección pública
 - Artículo 9: Nueva regulación deber legal de conservación
 - Artículo 16: Eliminación de cargas urbanísticas injustificadas existentes en relación con los suelos urbanizados.
- **Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal:** modificación de los regímenes de mayorías establecidos para la adopción de acuerdos en Juntas de propietarios (Arts. 2, 3, 9, 10 y 17, Apartado Segunda Disposición Adicional).
- **Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación:** aplicación del Código Técnico de la Edificación en todas las intervenciones en los edificios existentes (Arts. 2 y 3).
- **Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación:** eliminación del concepto erróneo de obras de rehabilitación y aplicación del Código Técnico como elemento de transparencia en el mercado y de puesta en valor de la rehabilitación.

- **Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:** habilita al SE-GIPSA para actuar como medio propio de los poderes adjudicadores vinculados a la Administración General del Estado y, como instrumento especializado en la gestión patrimonial y, además flexibiliza las condiciones existentes en cuanto al acceso a los procedimientos de enajenación.
- **Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y la Ley 58/2003, de 17 de diciembre:** establecimiento de un marco de colaboración destinado al intercambio de información entre la Intervención General de la Administración del Estado y la Agencia Tributaria.
- **Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo así como la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:** profundización del principio de transparencia.
- **Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre:** trata como modificaciones, aquellas demandas de la Administración que sobrepasen el presupuesto de licitación máximo en relación con contratos ejecutados con aportación sucesiva de bienes y servicios de precio unitario.
- **Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea:** habilita al Gobierno para establecer el contenido mínimo del Plan de asistencia en los casos de accidente aéreo.
- **Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Arts. 552 y 695), y por último, la Ley 13/1998 de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria,** modificadas en el sentido de incluir mejoras técnicas en su redacción.

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. (Legislación General. Marginal: 680275).
- Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. (Legislación General. Marginal: 215786)
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo. (Legislación General. Marginal: 79362).
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. (Legislación General. Marginal: 3666).
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.(Legislación General. Marginal: 102).
- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. (Legislación General. Marginal: 57142).

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. (Legislación General. Marginal: 24224).
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. (Legislación General. Marginal: 24239).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. (Legislación General. Marginal: 24265).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (Legislación General. Marginal: 24315).
- Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. (Legislación General. Marginal: 24508).
- Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. (Legislación General. Marginal: 632407)
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. (Legislación General. Marginal: 24041).
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. (Legislación General. Marginal: 409694).
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. (Legislación General. Marginal: 597556).
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios reestructuración de deuda y alquiler social. (Legislación General. Marginal: 677582).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación General. Marginal: 12615).
- Ley 13/1998 de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria. (Legislación General. Marginal: 146).

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- CEIC CENTRO ESTUDIOS INMOBILIARIOS CATALUÑA. *Manual de Gestión Inmobiliaria. Volumen I.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012.
- CEIC CENTRO ESTUDIOS INMOBILIARIOS CATALUÑA. *Manual de Gestión Inmobiliaria. Volumen II.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2ª Edición 2012. Actualizado.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- POBLACIÓN, SAMUEL. *El mercado del suelo en la encrucijada.* Inmueble N° 111. Mayo 2011. (www.revistainmueble.es)
- MINISTERIO DE VIVIENDA. *¿Cuál es ahora el precio del suelo?* Inmueble N° 98. Febrero 2010. (www.revistainmueble.es)
- ROMERO, MANUEL. *Eficiencia energética en el urbanismo.* Ayuntamiento N° 35. Octubre/noviembre 2009. (www.revistainmueble.es)

PARTICIPACIONES PREFERENTES: NULIDAD DEL CONTRATO BANCARIO POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO



www.ksolucion.es
info@ksolucion.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
- Documentos jurídicos
- Biblioteca.
- Formulario

EL CASO

Supuesto de hecho

Madrid, 15/10/2012.

En fecha 18 de mayo de 2009, la actora, quien actualmente tiene 84 años de edad, acudió a la oficina de la entidad financiera, ahora demandada, para hacer gestiones cotidianas, y con

motivo del vencimiento de su imposición a plazo fijo aprovechó para interesarse por los tipos de de intereses ofertados para la renovación del mismo. El director de la oficina le ofreció a la actora la renovación del depósito a plazo por un periodo de 3 años, con condiciones preferentes del 7,50 % de tipo de interés y pagaderos semestralmente. Finalmente se suscribió, sin el consentimiento de la actora, un con-

trato de depósito y administración de valores, a través del cual se dio la orden de compra de 24 títulos denominados participaciones preferentes por importe nominal de 1000 € cada uno y por un importe total de 24.000 €. La parte actora no fue informada de las esenciales características y riesgos de las participaciones preferentes, pero es que además ella nunca prestó su consentimiento para la contratación de esas participaciones preferentes, la firma consignada en la esquina inferior derecha del contrato bajo el título “los clientes” no es la firma de la actora. Por lo que esta interpone una demanda de nulidad del contrato de depósito y administración de valores alegando que no fue informada de las esenciales características y riesgos de las participaciones preferentes, además de que nunca prestó su consentimiento para la contratación de esas participaciones preferentes.

Objetivo. Cuestión planteada

En este caso, nuestro cliente es la actora y el principal objetivo es con-

seguir una sentencia que declare la inexistencia y la nulidad del contrato de depósito y administración de valores, así como todos los contratos, ordenes de valores, convenios, condenando a la demandada a la restitución íntegra de las prestaciones recíprocas, así como el pago del interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del mismo.

La estrategia. Solución propuesta

Interponer juicio ordinario sobre nulidad de contrato por vicio del consentimiento y por no haber sido informada de las características del contrato, vulnerando las obligaciones legales al respecto.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Penal.

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Avilés.

Tipo de procedimiento: Juicio Ordinario.

Fecha de inicio del procedimiento: 15/10/2012.

Partes

Parte Demandante: Sra. Inocencia.

Parte Demandada: La Banca.

Peticiones realizadas

La parte Demandante: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos, se sirva admitirlo y se tenga por formulada demanda de juicio ordinario frente a la demandada.

Que se dicte sentencia íntegramente estimatoria por la que con estimación de las acciones ejercitadas acumuladamente se declare la inexistencia y nulidad del contrato de depósito y administración de valores, así como todos los contratos, ordenes de valores, convenios, condenando a la demanda a la restitución íntegra de las prestaciones recíprocas, así como el pago del interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del mismo.

Argumentos

Parte Demandante:

– Que la parte actora no fue informada de las esenciales características y riesgos de las participaciones preferentes, pero es que además ella nunca prestó su consentimiento para la contratación de esas participaciones preferentes, la firma consignada en la esquina inferior derecha del contrato bajo el título

“los clientes” no es la firma de la actora.

- Que dado que la actora no ha prestado su consentimiento para suscribirlo, tanto el polémico contrato de depósito de valores como todas las órdenes de compra y venta de valores que se hayan hecho a través de ese contrato, son nulos por ausencia total de consentimiento.
- Que la actora no tiene conocimiento de la existencia de este producto inversor, ni conocía las características de sus riesgos, ni su carácter perpetuo ni su posible ausencia de liquidez.
- Que además, no tiene conocimientos financieros ni tampoco ninguna experiencia inversora más allá de la que consiste en renovar su depósito a plazo cuando corresponde.
- Que únicamente se interesó por la contratación de un depósito a plazo y salió convencida de que lo que había hecho era renovar su depósito por un plazo de 3 años más, al tipo de intereses ofrecido por el empleado de la sucursal.
- Que al cumplirse el plazo de tres años, la actora acudió a su oficina como de costumbre, para interesarse por su dinero, los ahorros de toda su vida, y se encontró con la desagradable sorpresa de que no podía disponer del dinero, porque



el empleado de la oficina lo que hizo fue suscribir 24 títulos de participaciones preferentes, por un importe de 1000 € cada una y ello sin informar a la actora de las características y los riesgos de este producto, sin recabar los obligatorios test de conveniencia e idoneidad (test MIFID), sin tener en cuenta su perfil inversor absolutamente conservador, propio de una señora mayor.

- Que subsidiariamente, y que en todo caso, el contrato sería nulo puesto que el consentimiento estaría absolutamente viciado por error esencial en el consentimiento, toda vez que ella siempre creyó que lo que estaba haciendo era suscribir una renovación de su depósito a plazo.
- Que la parte actora nunca recibió información acerca de los pros y los contras del producto, sino todo lo contrario, se ocultó la información esencial y por ello la actora

no pudo tomar una decisión cabal teniendo en cuenta todos los datos posibles. Incumpliendo el banco su obligación de ofrecerle previamente un folleto informativo, de acuerdo con el art. 30 de la LMV, información sobre funcionamiento y consecuencia e información sobre plazos de vencimiento.

- Que incumplió además su obligación de asegurarse que las características del producto ofrecido se ajustaban a las necesidades y al perfil inversor de la clienta, a través de los obligatorios test de conveniencia e idoneidad.

Normativa

Parte Demandante

Procesal

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 51.1, 399 y ss., 249.2).

Fondo

- Código Civil (Art. 1261.1, 1.300,1.265, 1.266)
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 04/06/2013.

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: Que estimando en parte la demanda presentada por la parte actora sobre nulidad de contrato, frente a la demandada, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de depósito y administración de valores, de fecha 28 de mayo de 2009, así como todos los contratos, ordenes de valores, convenios o cualquier otra figura relacionada con las participaciones preferentes. Debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas en virtud de dicho contrato, correspondiendo a la demandada el pago de los intereses.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial: Que el art. 1261 del Código Civil requiere, como elementos necesarios para la existencia de los contratos, la concurrencia de consentimiento, objeto y causa. El error se contempla en el art. 1266 del Código Civil y se califica como vicio del consentimiento en el art. 1265 del mismo cuerpo legal.

En la presente litis habrá de resolverse la controversia existente entre las partes, partiendo de la alegación

de error invalidante del consentimiento que invocado por la actora.

De la prueba practicada en autos, se desprende la concurrencia de los presupuestos necesarios para que prospere la acción de nulidad ejercitada por la actora. En primer lugar ha de señalarse que la información relativa a las condiciones económicas de las tantas veces citadas participaciones preferentes, que consta en los documentos realmente firmados por la actora, es genérico y técnico, e insuficiente para acreditar que la persona que finalmente adquiere las participaciones es realmente conocedora de lo que esta suscribiendo.

Resulta evidente que el producto objeto de litis, se ofreció y explicó a la actora, como de fácil recuperación y con un impensable o más que improbable riesgo, siendo en todo caso, ventajoso y bueno, habida cuenta de los altos intereses que le ofrecía en comparación con otros depósitos y bonos antes concertados por ella con la demandada.

Una entidad financiera como la aquí demandada, ha de contar con un conocimiento mucho más avanzado y especializado del mercado y de las facultades del mismo, que el que pueda tener la demandante, persona de avanzada edad y de escasos o nulos conocimientos financieros, razón por la que entiende el juzgador que compete a la demandada dar cumplida y detallada información del riesgo concreto que conlleva para la actora la firma de un contrato de compraventa de valores del alcance y complejidad. Entiende el juzgador que dicho deber no se cumple con la mera entrega de documentos, que contienen un acuerdo básico, relativo a términos y condiciones generales aplicables a productos de inversión, y la consiguiente orden de valores, documentos ya redactados por la en-

idad bancaria, que se explica y se firma, sin la previa realización de un test de idoneidad y conveniencia, ya que el que obra en autos, consta que no ha sido formado por la demandante, y en el que en todo caso se señalaba que la demandante, no conocía en absoluto, los mercados financieros, sus términos y funcionamiento.

De lo anterior se concluye que los documentos, relativos a la orden de adquisición de participaciones preferentes suscritos por las partes, omiten información esencial que permita al cliente conocer el alcance del compromiso adquirido al firmar los mismos, máxime cuando se le ha ofrecido un producto que se vende como similar a los productos concertados por la actora, sin dar cumplida y necesaria explicación, de las dificultades de recuperación del dinero invertido.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO

Sentencias con los mismos fundamentos que el caso:

- Sentencia Audiencia Provincial de Islas Baleares/Illes Balears (Sala Primera), de 04/10/2012. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2412017.**
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, N° 353/2012, de 18/07/2012. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2415141.**
- Sentencia Audiencia Provincial de Asturias, n° 188/2012, de 07/05/2012. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2390654.**
- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, n° 282/2012, de 07/05/2012. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2412076.**
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sala Civil), n° 80/2013, de 25/02/2013. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2426058.**
- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, n° 526/2012, de 18/12/2012. **BDI Economist & Jurist. Civil. Marginal 2426235.**

DOCUMENTOS JURÍDICOS

Documentos disponibles en:
www.ksolucion.es
N° de Caso: 6024
info@ksolucion.es

- Demanda.
- Sentencia.

BIBLIOTECA

Disponible en:
www.ksolucion.es
N° de Caso: 6024

- Sabelotodo Derecho Civil .
- Sabelotodo Contratación Civil y Mercantil.
- La prueba documental.
- Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.
- El juez y la prueba.
- Formularios de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.
- El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.
- Objeto y Carga de la Prueba Civil.
- Aspectos prácticos de la prueba civil.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE AVILÉS

_____, Procuradora de los Tribunales y de Doña _____, con NIF _____, y con domicilio en _____, según poder "Apud Acta" y bajo la dirección letrada de _____, abogada del ____ con el nº de colegiada ____, ante el Juzgado comparece y como mejor proceda en derecho DICE:

Que por medo del presente escrito vengo a formular **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** frente a _____ (como sucesora de _____), que actualmente gira bajo el nombre comercial de _____, con CIF _____, domicilio social sito en _____, y con domicilio a efectos de notificaciones en la sucursal abierta al público de _____ a citar en la persona de su legal representante.

Todo ello en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: En fecha 18 de mayo de 2009, la actora, Doña _____, nacida en fecha 02 de septiembre de 1928, quien cuenta actualmente con 84 años de edad, acudió a la oficina de la entidad financiera _____, (sucursal nº ____), entonces llamada _____, para hacer gestiones cotidianas, y con motivo del vencimiento de su imposición a plazo fijo aprovechó para interesarse por los tipos de intereses ofertados para la renovación del mismo.

El día 18 de mayo de 2009, estaba previsto el vencimiento del depósito a plazo fijo tradicional que tenía contratado por importe de 24.000 € (depósito nº _____), al 4 % de interés, (4,064% TAE)

Se acompaña como Documento nº 1, la liquidación del depósito a plazo fijo nº _____, que se practicó el día 18 de mayo de 2009, con abono de intereses por importe neto de 161,75 €.

SEGUNDO: Con ocasión de lo dispuesto en el apartado anterior, el director de la oficina le ofreció a Doña _____ la renovación del depósito a plazo por un período de 3 años, con unas condiciones preferentes: el 7,50 % de tipo de interés y pagadero semestralmente.

Se acompaña como documento nº 2, un documento manuscrito por el propio empleado de la oficina bancaria, en el que constan las únicas explicaciones que ofreció para la contratación del producto.

TERCERO: Lo que finalmente se suscribió, sin el consentimiento de Doña _____, fue un contrato de "Depósito y Administración de Valores", (contrato nº _____), a través del cual se dio la orden de compra de 24 títulos denominados PARTICIPACIONES PREFERENTES por importe nominal de 1.000 € cada una, y por tanto, por un importe total de 24.000,00 €.

Se acompaña como documento número 3, el citado contrato de depósito y administración de valores.

CUARTO: Como se expondrá más adelante, Doña _____ no fue informada de las esenciales características y riesgos de las PARTICIPACIONES PREFERENTES, pero es que además ella nunca prestó su consentimiento para la contratación de esas participaciones preferentes. La firma consignada en la esquina inferior derecho del contrato (documento nº 3) bajo el título "LOS CLIENTES", no es la firma de Doña _____.

Se adjunta como documento n° 4, informe especial caligráfico emitido por Don _____, licenciado en filología románica por la Universidad de Oviedo, Diplomado en pericial caligráfica pericial por la Universidad Autónoma de Barcelona, y catedrático de la Lengua Española en el _____. Colegiado en el Ilmo. Colegio de Doctores y Licenciados de Oviedo como Perito Calígrafo.

En el apartado “CONCLUSIONES” del mencionado informe se indica que *“del análisis de las firmas señaladas como “A” en este informe y cotejadas con las obrantes en un CONTRATO DE DEPÓSITO Y ADMISTRACION DE VALORES, con número de cuenta _____, y fechado en Avilés a 28 de mayo de 2009, y señaladas en este informe como “X1” y “X2”, en razón de las pruebas descritas anteriormente, apartado 5.1 de este informe, y teniendo en cuenta la falta de correspondencias y las diferencias que existen en los elementos fundamentales del gesto gráfico, este perito ha llegado a la conclusión de que las firmas estampadas en dicho documento bajo la cláusula LOS CLIENTES, cuyas reproducciones figuran como anexo 7 y 8, señaladas en este informe como “x1” y “x2”, no ha sido realizadas por Doña _____ de su puño y letra, por lo que **HAN DE SER CONDIRERADAS COMO FALSAS O FRAUDULENTAS**”.*

Por lo anterior, y dado que Doña _____ no ha prestado su consentimiento, para suscribirlo, tanto el polémico contrato de depósito de valores n° _____ como todas las órdenes de compra venta de valores que se hayan hecho a través de ese contrato, SON NULAS, por ausencia total de consentimiento.

QUINTO: Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter subsidiario, interesa destacar que Doña _____ se había interesado únicamente en la suscripción de un depósito a plazo, para renovar el anterior que vencía el día 18 de mayo de 2009.

Nunca fue intención de Doña _____ comprar participaciones preferentes, entre otras cosas porque ni conocía la existencia de ese producto inversor, ni conocía sus características, ni sus riesgos, ni su carácter perpetuo, ni su posible ausencia de liquidez. La señora _____, de ochenta y cuatro años de edad, no tiene conocimiento financieros, ni tampoco tiene ninguna experiencia inversora mas allá de la que consiste en renovar su depósito a plazo cuando corresponde.

Ella únicamente se interesó por la contratación de un depósito a plazo, y salió de la oficina convencida de que lo que había hecho era renovar su depósito por un plazo de 3 años más, al tiempo de intereses ofrecido por el empleado de la sucursal y manuscrito en el extracto que se acompaña como documento N° 2 de la presente demanda.

Sin embargo la realidad fue muy distinta. Al cumplirse el plazo de tres años, en el mes de mayo de 2012, Doña _____ acudió a su oficina, como de costumbre, para interesarse por su dinero, los ahorros de toda una vida, y se encontró con la desagradable sorpresa de que no podía disponer de él, porque el empleado de la oficina lo que hizo fue suscribir 24 títulos de participaciones preferentes de _____, por un importe de 1000 cada una, y ello sin informar al cliente de las características y los riesgos del producto, sin recabar los obligatorios test de conveniencia e idoneidad (test MIFID), sin tener en cuenta su perfil inversor absolutamente conservador, (propio de una señora mayor que únicamente contrata depósito a plazo), incluso sin que la propia clienta haya prestado su consentimiento a la suscripción de tan problemático producto bancario, mediante la estampación de su firma, requisito mínimo para la existencia misma de todo contrato.

Por tanto, a juicio de esta parte hay una ausencia total de consentimiento como elemento esencial para la propia existencia del contrato, ya que Doña _____ nunca presto su consentimiento, y nunca firmó el contrato de depósito de valores.

No obstante, subsidiariamente de lo anterior, interesa a esta parte destacar que en todo caso, el contrato sería nulo puesto que el consentimiento de Doña _____, estaría absolutamente viciado por error esencial en el consentimiento toda vez que ella siempre creyó que lo que estaba haciendo era suscribir una renovación de su depósito a plazo.

SEXTO: Entiende esta parte que la entidad financiera demandada incumplió sus obligaciones de transparencia informativa, lealtad y veracidad, exigidas por la normativa aplicable, y especialmente por los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercados de Valores.

Doña _____ nunca recibió información acerca de los pros y los contras del producto, sino todo lo contrario, se oculta la información esencial y por ello la señora no pudo tomar una decisión cabal teniendo en cuenta todos los datos posibles.

Además, el banco incumplió también su obligación de ofrecerle previamente un folleto informativo, de acuerdo con el art. 30 de la Ley del Mercado de Valores, información sobre el funcionamiento y consecuencia e información sobre los plazos de vencimiento.

La entidad financiera demandada incumplió también su obligación de asegurarse que las características del producto ofrecido se ajustaban a las necesidades y al perfil inversor del cliente, a través de los obligatorios test de conveniencia e idoneidad. En efecto, la Directiva Europea sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID) obliga a las entidades bancarias a someter a sus clientes a un examen de conveniencia e idoneidad antes de venderles cualquier tipo de productos financieros complejos, como las participaciones preferentes. Si el cliente desconoce lo que está contratando, el banco tiene prohibido firmar el trato. En este caso era evidente que las participaciones preferentes no se ajustaban a las necesidades y el perfil de Doña _____, y por eso el banco omitió su deber de recabar los obligatorios test MIFID.

La actuación del banco en este supuesto concreto es un ejemplo de mala praxis bancaria, y no solo eso sino que además alguien se ocupó de imitar la firma de Doña _____ en el contrato de depósito y administración de valores, lo cual podría ser incluso constitutivo de un delito de falsedad en documento mercantil. En este sentido, la actora se reserva el ejercicio de las acciones penales que pudieran corresponderle, de confirmarse la autoría de la falsedad en la firma.

SÉPTIMO: Según la propia Comisión Nacional de Mercados de Valores, las participaciones preferentes son productos COMPLEJOS y de ELEVADO RIESGO, al tratarse de valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo (no tienen vencimiento), y su rentabilidad no está garantizada, pudiendo incluso llegar a perderse la totalidad del capital invertido. Suelen tener liquidez a través de un mercado secundario con muchas limitaciones, siempre que aparezca un comprador que quiera adquirir los títulos. No están cubiertas por el Fondo de Garantías de Depósitos. En definitiva, no tienen nada que ver con un depósito a plazo fijo, que era lo que Doña _____ creía que había contratado.

Existen fundamentalmente tres tipos de riesgo:

- Riesgo de mercado: Al no tener vencimiento, es un título con mucha duración y, por tanto, expuesto a fuertes variaciones ante la fluctuación de los tipos de interés.
- Riesgo de contraparte en los intereses: Las acciones ofrecen un tipo de interés que puede ser fijo o variable, pero éste normalmente está condicionado a que la sociedad obtenga beneficios, con lo que si no los obtiene, se suspende el pago de intereses.

- Riesgo de contraparte en el principal: Si se deteriora la solvencia del emisor, las participaciones sufrirán una pérdida de valor que es muy superior a un bono normal, pudiendo incluso llegar a perderse la totalidad del capital invertido, ya que las acciones preferentes no tienen vencimiento.

Se acompaña como documento nº 6 el tríptico informativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que viene a ser una interpretación auténtica de las verdaderas características, la verdadera naturaleza y los verdaderos riesgos de este tipo de producto.

OCTAVO: Además de todo lo expuesto hasta aquí, conviene destacar que la entidad ha suspendido el pago de los cupones trimestrales de interés, desde febrero de 2012 (fecha del último pago).

NOVENO: En cuanto a la actora tuvo conocimiento del problema, y después de múltiples negativas del personal de la oficina comercial, remitió cartas y reclamaciones al servicio de atención al cliente de _____, a la Dirección de _____, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al Banco de España.

Se adjuntan como documentos nº 7 a 14 las cartas remitidas y las contestaciones recibidas por parte de los citados organismos.

A día de hoy no se ha obtenido respuesta alguna que aborde el problema de la falsedad en la firma, o el problema del déficit y la ocultación de la información precontractual en la contratación del producto.

A los siguientes hechos les son aplicables los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA: Es competente este Juzgado por aplicación del art. 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la comercialización de las participaciones preferentes se realizó en sucursal de la entidad financiera al público, sita en Avilés.

II. LEGITIMACIÓN: La legitimación activa la ostenta mi representada, por ser la perjudicada por la suscripción de las participaciones preferentes, y pasivamente legitimada se encuentra _____ S. A. en su cualidad de entidad financiera comercializadora de las participaciones preferentes.

III. PROCEDIMIENTO: El procedimiento a seguir será el de los denominados juicios ordinarios, que regulan los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo establecido en el art. 249.2 del mismo cuerpo legal.

IV. CUANTIA: Se fija la cuantía del presente procedimiento en la cantidad de 24.000, 00 €

V. FONDO DEL ASUNTO.

ACCIONES EJERCITADAS:

- a. Se ejercita la acción de inexistencia del contrato por ausencia total de consentimiento, al amparo de lo establecido en el art. 1261.1 del Código Civil, según el cual “*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) consentimiento de los contratantes...*”, ya que Doña _____ nunca firmó el polémico contrato de depósito y administración de valores, habiendo resultado falsificada su firma, ni tampoco firmó las órdenes de compra realizadas a través del mismo, y ello.
- b. En segundo lugar, y acumuladamente, se ejercita la acción de nulidad del contrato de depósito y administración de valores, así como todas las órdenes de valores que se haya realizado a través de dicho contrato, y ello no solo por ausencia total de consentimiento, sino también porque, en el caso de que la demandada alegase la existencia de consentimiento, existiría un error esencial en el mismo que invalidaría y viciaría de nulidad todo el contrato, así como las posteriores ordenes de compraventa realizadas a través del mismo, y ello al amparo de lo establecido en el **artículo 1.300 del Código Civil**, según el cual “*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*”.

En este mismo sentido, resulta también de aplicación el **art. 1.265 del Código Civil** que establece que “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*” así como el **art. 1.266 del mismo cuerpo legal**, según el cual “*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieses dado motivo a celebrarlo*”.

A juicio de esta parte, el déficit de información y el cumplimiento del deber de transparencia, veracidad

y lealtad legalmente exigido a las entidades financieras y de inversión, han provocado un error esencial en la actora, viciando de nulidad el polémico contrato.

En este sentido resulta de aplicación las siguientes normas:

En primer lugar, el **Real Decreto Legislativo 1/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**, y en particular los siguientes preceptos:

Artículo 3. *Concepto General de Consumidor y de Usuario.*

Artículo 8. *Derechos básicos de los consumidores y usuarios: (...).*

Artículo 60. *Información previa al contrato.*

Artículo 80. *Requisito de las cláusulas no negociadas individualmente.*

Por su parte, también resulta de especial aplicación lo establecido en la **Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores** y en particular los **Artículos 78.** (*sujetos obligados*) y **79 bis.** (*Obligaciones de información*).

En este caso resulta absolutamente evidente que Doña _____, de ochenta y cuatro años de edad, es una cliente minorista, (no profesional), conforme a lo establecido en el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, y por ello el banco, conforme a la normativa invocada, tenía la obligación de abstenerse de ofrecerle este producto, ya que no se ajusta a su perfil inversor, y en cualquier caso, debía extremar las precauciones y agotar todas las posibilidades para que Doña _____ conociese los riesgos del mismo.

No fue así, y la realidad es que se suscribieron unas participaciones preferentes sin el consentimiento de Doña _____, falsificando su firma, sin recabar los obligatorios test de conveniencia e idoneidad contempladas en la Ley del Mercado de Valores y en la Directiva Comunitaria MIFID –acrónimo en inglés de Mercado de Instrumentos Financieros e Instrumentos de Inversión– (*Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativamente a los mercados de instrumentos financieros, por la que modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la directiva 93/22/CEE del Consejo*), y ocultando la información esencial sobre las características del producto, consiguiendo con ello sencillamente poner en marcha un contrato sin el consentimiento de la cliente, induciéndola a error esencial y viciado de inexistencia y nulidad el contrato mismo.

Se ejercita de forma acumulada, al amparo de lo establecido en el art. 1.101 del Código Civil, la acción de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual y precontractual descrito en los apartados precedentes, y por ello se solicita que se condene a la entidad financiera demandada a la evolución no solamente del principal de 24.000 €, que fueron utilizados indebidamente para la contratación de las participaciones preferentes, sino también al pago del interés legal del dinero desde el día 18 de mayo de 2009, (fecha de la suscripción), hasta que se dicte sentencia.

Los daños y perjuicios ocasionados a la demandante se materializan en el coste de oportunidad de no haber contratado un depósito a plazo, o dicho de otra forma, en la imposibilidad de obtener el rendimiento que correspondería a la contratación de un depósito a plazo normal, provocada por los incumplimientos y

la mala praxis bancarias de la demandada, y ello desde la fecha del inicio de la indebida contratación de las participaciones preferentes.

A partir de la sentencia procede el interés de mora procesal, es decir el interés legal incrementado en dos puntos.

VI. INTERESES. Respecto de los intereses, tal y como se expuso anteriormente, habida cuenta de la mala praxis, el dolo y/o la negligencia con la que actuó la entidad financiera demandada, además de la devolución del principal, se reclama en concepto de daños y perjuicios, el pago del interés legal del dinero, tomando como base de cálculo del mismo, el importe principal de contratación del producto (24.000,00 €) desde la fecha de la indebida suscripción del mismo (18 de mayo de 2009), hasta la sentencia, y ello al amparo de lo establecido en el artículo 1.101 del Código Civil.

A partir de la sentencia será aplicable el interés de mora procesal legal, más dos puntos, establecidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VII. COSTAS. Procede su imposición a la parte demanda en aplicación del artículo 394 de la LEC.

En su virtud, **AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE AVILÉS.**

SUPLICO, que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos, se sirva admitirlos y en la representación que ostento, se tenga por formulada demanda de juicio ordinaria frente a la entidad _____ S. A. (anteriormente _____) y, previo los trámites legales, se dicte en su día sentencia íntegramente estimatoria por la que, con estimación de las acciones ejercitadas acumuladamente, se declare la inexistencia y nulidad del contrato de DEPOSITO Y ADMINISTRACION DE VALORES (Contrato N° _____), así como de todos los contratos, ordenes de valores, convenios, o cualquier otra figura relacionada con las participaciones preferentes, condenado a la demandada a la restitución íntegra de las prestaciones recíprocas, así como el pago del interés legal del dinero desde la fecha de la suscripción del mismo (18 de mayo de 2009) y las costas.

Desde la fecha de la sentencia, el interés de mora procesal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Subsidiariamente, se dicte sentencia por la que con estimación de la acción de responsabilidad contractual, se condene a la demandada al pago de 11.726,93 € por los daños y perjuicios ocasionados, con más los intereses legales desde la primera reclamación extrajudicial, y las costas.

Por ser justicia que se pide en avilés a, 15 de octubre de 2012.

OTROSÍ DIGO: Que se acotan a efectos probatorios, todos cuantos archivos públicos o privados tengan que ver con la presente causa, y en especial los registros de _____, y la CNMV

NUEVAMENTE SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos.

Reitero justicia, lugar y fecha "Ut Supra".

EL RÉGIMEN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO



Juan Reyes Herreros. Socio del Departamento Laboral de Uría Menéndez.
Oriol Abelló Audí. Abogado del Departamento Laboral de Uría Menéndez.

En el presente artículo se analizan las principales implicaciones prácticas del marco legal vigente de los trabajadores autónomos desde un punto de vista laboral, de Seguridad Social, y fiscal.

Es indudable la significación que tiene en nuestro país el trabajo autónomo. De este modo, y según los datos del Instituto Nacional de Estadística, existen 1.891.861 autónomos propiamente dichos¹. Aun así, el número de afiliados se ha visto sensiblemente reducido desde el inicio de la crisis económica que vive España desde 2007 (cuando había unos 2.233.000 afiliados), reducción que guarda cierta correlación con el total de afiliados que ha perdido el conjunto de la Seguridad Social española como consecuencia de la crisis económica.

La importancia social y económica de este colectivo es, probablemente, una de las razones que han motivado a los diferentes gobiernos a lo largo de los últimos años a intentar regular lo que hasta 2007 estaba prácticamente desregulado: el régimen jurídico del trabajador autónomo, cuyas bases sentó la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (“LETA”).

Sin embargo, el descenso paulatino del número total de trabajadores autónomos en los últimos tiempos ha evidenciado la necesidad de promover un marco legal que se adecúe a la coyuntura actual y al interés por incentivar esta forma de actividad económica. Muestra de estos intentos legislativos son el reciente Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo (“RDL 4/2013”), o la Ley de apoyo a los Emprendedores, cuyo proyecto de ley se remitió a las Cortes Generales en el Consejo de Ministros del pasado 28 de junio de 2013, para su tramitación parlamentaria. Pese a lo anterior, no puede olvidarse que, para garantizar la pervivencia y desarrollo de este colectivo y de los emprendedores en general, es necesario continuar impulsando políticas de dinamización.

¹ Este dato no incluye a los trabajadores integrados en sociedades mercantiles, cooperativas o en otras entidades societarias que también tendrían dicha consideración a los efectos de Seguridad Social en virtud de la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social.

ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: CONCEPTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO

El artículo 1.1 de la LETA establece que tendrán la consideración de trabajadores autónomos **las personas físicas que realicen de forma habitual una actividad económica o profesional a título lucrativo, con independencia de que den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, siempre que esta actividad se realice (i) de forma personal y directa; (ii) por cuenta propia; y, (iii) fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona.**

Este concepto contrasta con la definición de relación laboral que contiene el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, que corresponderá a los trabajadores que *“voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”*. En consecuencia, son las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan una relación laboral las que no concurrirán cuando estemos ante trabajadores autónomos por cuenta propia.

Asimismo, **se consideran trabajadores autónomos sus familiares de hasta segundo grado que realicen trabajos de forma habitual, siempre que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena** (es decir, cuando se demuestre la condición de asalariados).

“Si un trabajador presta servicios en el RGSS, pero también realiza actividades por cuenta propia, deberá cotizar también por esta última actividad”

Es necesario precisar que el artículo 1.2 de la LETA incluye de manera expresa, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el artículo 1.1 comentados anteriormente, a ciertos colectivos entre los que destacan (i) los socios industriales de sociedades regulares colectivas y comanditarias; (ii) los comuneros de las comunidades de bienes y socios de sociedades civiles irregulares; (iii) las personas que ejerzan funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, o cuando posean el control efectivo de la sociedad en los términos establecidos por la Ley General de la Seguridad Social (“LGSS”); y (iv) los trabajadores autónomos económicamente dependientes (“TRADE”), figura que, debido a las particularidades que presenta, se analiza con detenimiento en el apartado 4 posterior.

RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

La LETA regula en su Título II (artículos 3 a 10) el régimen profesional común a todos los trabajadores autónomos (manteniendo los TRADE un régimen particular). Dicha regulación incluye las fuentes, los derechos y deberes individuales, la forma y duración del contrato, disposiciones en materia de prevención de riesgos laborales, así como garantías relativas a la protección del crédito. Por otra parte, el Título III de la LETA (artículos 19 a 22) regula los derechos colectivos de los trabajadores autónomos entre los que cabe resaltar los derechos de afiliación y fundación, asociación profesional, o la creación del Consejo del Trabajo Autónomo (órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo).

Dado el enfoque eminentemente práctico del presente estudio nos centraremos en el análisis de aquéllos derechos y deberes que presentan mayores problemas en el día a día de estos trabajadores. De entre los deberes profesionales básicos es necesario destacar el de afiliación, comunicación de altas y bajas y cotización a la

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Arts.; 1, 2, 3.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014). (Legislación General. Marginal: 61637). Arts.; 1.1, 1.2, 3 a 10, 11 bis, 15, 19 a 22, 24, 25.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014). (Legislación General. Marginal: 6873).
- Ley 17/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. (Legislación General. Marginal: 239359).
- Ley 27/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. (Legislación General. Marginal: 632407).
- Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. (Legislación General. Marginal: 110544).
- Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. (Legislación General. Marginal: 88228).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. (Legislación General. Marginal: 286314).

Seguridad Social, así como el cumplimiento de las obligaciones fiscales legalmente establecidas.

Obligaciones en materia de Seguridad Social: afiliación y cotización

La obligación de afiliación viene impuesta por el artículo 24 de la LETA, siendo obligatoria para todos los trabajadores autónomos (sin perjuicio de las altas y bajas en otros regímenes que integran la Seguridad Social).

Por otra parte, el artículo 25 de la LETA establece que es **obligatoria la cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social en los términos establecidos por la LGSS** (“RETA”). La obligación de cotizar recaerá sobre el propio trabajador desde el primer día del mes natural en que concurran las circunstancias para su inclusión en el RETA.

Debido a que el trabajador autónomo carece de salario real (debiendo estar a los rendimientos que genera su propia actividad), y el control ob-

jetivo de dichos ingresos resulta prácticamente imposible, **las bases de cotización de este colectivo tienen dos particularidades: (i) su valor se determina con carácter teórico**, de manera que las cuantías, a diferencia de las de los trabajadores asalariados incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (“RGSS”), no se vinculan a salario alguno; y (ii) **la elección de cotizar por una u otra base es libre por parte de cada trabajador autónomo** (en 2013 la base mínima de cotización es de 858,60 euros mensuales y la máxima de 3.425,70 euros mensuales).

Sobre la segunda de las particularidades apuntadas, y con el objetivo de evitar que aquéllos trabajadores que han venido cotizando en los últimos años por una base de cotización baja pretendan incrementar dicha base en los años más próximos a su jubilación, **se limita el derecho de libre elección de la base de cotización en los trabajadores mayores de 50 años**. Así, si la última base de cotización de estos trabajadores fuese igual o inferior a 1.870,50 euros mensuales, únicamente podrán cotizar por una base comprendida entre 858,6 euros mensuales y 1.888,80 euros. En caso de que su base mensual fuese superior a 1.870,50 euros, podrían cotizar, como máximo, por aquella base por la que viniesen cotizando incrementada en un 1% o por 1.888,80 euros (en caso de no alcanzarse). **La Orden de Cotización de 2013 también establece limitaciones en la elección de la base de cotización de los autónomos que en 2013 hayan cumplido 47, 48 o 49 años de edad**.

En materia de trabajo autónomo a tiempo parcial, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, estableció que se diseñará un sistema de cotización para aquéllos trabajadores por cuen-

ta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial (si bien esta modalidad específica ha quedado pospuesta hasta el próximo 1 de enero de 2014 en virtud de la Ley 27/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013). Así las cosas, **si un trabajador presta servicios en el RGSS, pero también realiza actividades por cuenta propia, deberá cotizar también por esta última actividad** (dentro de la llamada “pluriactividad”) por alguna de las bases del RETA, **sin que sea posible diferenciar si la actividad es a tiempo completo o a tiempo parcial. Si el total de las cotizaciones superase el tope de 11.079,45 euros, el trabajador podrá solicitar la devolución de un 50% del exceso en que sus cotizaciones superen esta cuantía.**

Incentivos en materia de Seguridad Social en tiempos de crisis

Con carácter general, la cuota a ingresar que corresponde a la base mínima es de unos 256 euros mensuales. Dicho coste puede suponer un impedimento para un emprendedor que pretenda iniciar una actividad.

Con el objetivo de paliar dicha dificultad, el artículo 1 del **RDL 4/2013 introdujo, entre otras alternativas, la posibilidad de que los trabajadores menores de 30 años que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, podrán aplicar una reducción equivalente al 80% de la cuota durante los 6 meses siguientes a la fecha de alta** (de manera que la cotización mensual apenas superaría los 50 euros). Debe precisarse que el derecho a disfrutar de las bonificaciones a las que se refiere dicho artículo se extingue en el



momento en que el autónomo emplee a trabajadores por cuenta ajena.

En este mismo sentido, y aunque tiene implicación en materia de prestaciones y no de cotización, el RDL 4/2013 establece otra novedad tendente a paliar la falta de liquidez necesaria para iniciar una actividad: **la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo** (con un límite del 60% con carácter general, o del 100% si el perceptor es un joven menor de 30 años de edad o una mujer joven menor de 35), **o compati-**

lizarla con el trabajo por cuenta propia con las limitaciones que se establecen en los artículos 2 y 3 del RDL 4/2013.

Finalmente, y aunque no recaiga sobretodos los autónomos de manera personalísima, en materia de incentivos a la contratación es necesario apuntar que el RDL 4/2013 estimula la contratación de jóvenes (con reducciones de hasta el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes), y de parados de larga duración mayores de 45 años

“La acción protectora de los trabajadores autónomos cubre la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo”

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de Noviembre de 2012, Nº Rec. 834/2012, (Marginal: 2414659).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de Noviembre de 2011, Nº Rec. 1007/2011, (Marginal: 2353773).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Julio de 2011, Nº Rec. 3706/2010, (Marginal: 2315680).



(alcanzando la reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social de un 100% durante el primer año).

Acción protectora

La LETA, siguiendo la regulación de la LGSS, también estableció que **la acción protectora de los trabajadores autónomos cubriría la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo du-**

rante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo.

En materia de incapacidad temporal, la cotización (y en consecuencia la correspondiente cobertura) será voluntaria para los trabajadores autónomos que se encuentren en régimen de pluriactividad y ya coticen por esta contingencia en el régimen con que compaginen las cotizaciones en el RETA.

Es necesario indicar, aunque no podamos profundizar en ello por motivos de extensión, que existen particularidades en determinados colectivos como los trabajadores agrarios por cuenta propia, que constituyen una modalidad que se encuadra en el RETA. A modo de ejemplo, en este régimen especial la cotización por incapacidad temporal es optativa, por lo que la acción protectora no alcanzará la cobertura de esta contingencia si no se cotiza por ella.

Cese de actividad: una suerte de prestación por desempleo con un carácter muy restringido

Si este trabajo analizase el RGSS debería incluirse una referencia a la prestación por desempleo en el epígrafe genérico relativo a la acción protectora. Sin embargo, las particularidades y carácter altamente restringido de su prestación “equivalente” en el RETA merecen un análisis especial.

La LETA guardaba silencio, cuando se refería a la acción protectora de los autónomos, a una posible cobertura por “desempleo” o “cese de actividad”. Es esta segunda nomenclatura la que ha elegido la **Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos** (“Ley 32/2010”).

Aunque la intención inicial (proteger la situación legal de cese de actividad) parecía, *a priori*, un gran avance en la protección de los trabajadores autónomos, lo cierto es que las causas tan limitadas que ha fijado la Ley 32/2010 son prácticamente impenetrables en cuanto a la posibilidad de percibir esta prestación. En concreto, se exige el cierre del establecimiento abierto al público (si éste existe) y que el cese de actividad se haya produci-

do, entre otros, por motivos económicos, técnicos productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional.

En relación con ello, se entiende que concurren causas económicas, técnicas, productivas u organizativas cuando (i) la actividad arroje pérdidas en un año completo superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos –descontando el primer año de actividad–; o, (ii) en caso de ejecuciones judiciales tendentes al cobro de deudas reconocidas por los órganos judiciales que comporten un mínimo de un 40% de los ingresos de la actividad del autónomo correspondiente al ejercicio anterior, o (iii) la declaración judicial de concurso que impida continuar la actividad.

A la vista de las causas precedentes, es prácticamente impensable que un trabajador autónomo pueda mantener su actividad mucho antes de alcanzar la gravedad de cualquiera de las situaciones anteriormente descritas, lo que limita el alcance de la acción protectora. No obstante, se incluyen otras **situaciones legales de cese de actividad que amplían ligeramente la posibilidad de obtener dicha prestación: (i) la fuerza mayor; (ii) la pérdida de la licencia administrativa que requiera la actividad** –si ésta no es imputable al propio autónomo–; (iii) **víctimas de violencia de género** imposibilitadas de continuar con la actividad; o, (iv) por **divorcio o separación**, cuando el cónyuge ejercía funciones en el negocio de la persona de la que se ha separado.

En virtud de lo anterior, cada profesional deberá valorar si le compensa abonar la cotización por esta cobertura (2,20% de la base de cotización) teniendo en cuenta, dicho sea de paso, que en caso de concederse la pres-

“Los “TRADE” son quienes realizan una actividad de manera predominante para una persona física o jurídica, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”

tación, ésta tiene una duración muy inferior a la que están legitimados los trabajadores del RGSS.

Fiscalidad

El artículo 5 de la LETA dispone que es un deber de los trabajadores autónomos el cumplimiento de las obligaciones fiscales y tributarias establecidas legalmente.

Un análisis detallado de cada uno de los impuestos a los que debe hacer frente este colectivo sería imposible en un trabajo como el presente. Por ello, debemos limitarnos a enumerar los **tributos que los trabajadores por cuenta propia deben tener en cuenta en el momento de desarrollar una actividad:**

– En tanto que persona física que percibe ingresos, estará sujeto al **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, en el que **podrá escoger el régimen de estimación directa normal, directa simplificada si sus cifra de negocios no supera los 600.000 euros u objetiva** (también conocida como estimación por “módulos”), siempre y cuando sus ingresos anuales no superen los 450.000 euros o los 300.000 euros si se desarrolla una actividad ganadera o de transporte y comunicaciones.

– Dado que el autónomo factura e ingresa por sus servicios, será el **sujeto pasivo responsable del ingreso del Impuesto sobre el Valor añadido que ha repercutido en el consumidor final.**

– **Si el autónomo constituye una sociedad** para desarrollar su actividad, la actividad que ésta realice **estará sujeta al Impuesto de Sociedades, y en el caso de superar un millón de euros de facturación anual, al Impuesto de Actividades Económicas.**

En cuanto a las medidas recientemente impulsadas en materia de fiscalidad, cabe remarcar que el RDL 4/2013 ha introducido diversos incentivos. Así, **en materia de IRPF se establece una reducción del 20% sobre los rendimientos netos de la actividad económica obtenidos por los contribuyentes que hubieran iniciado el ejercicio de una actividad económica, aplicable también en el primer período impositivo en que el rendimiento neto fuese positivo y en el siguiente.** Por lo que se refiere al **Impuesto de Sociedades, se establece un tipo de gravamen del 15% para los primeros 300.000 euros de base imponible, y del 20% para el exceso sobre dicho importe**, aplicable en el primer período impositivo en que la base imponible de las enti-

dades resulta positiva y en el periodo impositivo siguiente a éste en las sociedades de nueva creación.

EL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

La Ley 20/2007, posteriormente desarrollada por el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, hace referencia en su Capítulo III a esta modalidad específica de trabajo autónomo. **Los “TRADE” son quienes realizan una actividad de manera predominante para una persona física o jurídica** (que se denomina “cliente”), **del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.** Además, se exige que tales trabajadores autónomos (i) no tengan a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contraten o subcontraten la actividad con terceros; (ii) no ejecuten su actividad de manera indiferenciada con trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; (iii) dispongan de infraestructura productiva y material propios necesarios para el ejercicio de la actividad; y (iv) desarrollen su actividad con criterios organizativos propios.

El principal problema que ofrece este régimen es el reconocimiento de la condición de TRADE. Ello ha ocurrido también respecto de relaciones mercantiles existentes entre trabajador autónomo y “cliente” con anterioridad a la entrada en vigor de la LETA, y que no han sido adaptados según sus disposiciones transitorias y las del RD 197/2009, lo que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de

2011 y de 12 de julio de 2011) que ha venido a establecer que la comunicación debía efectuarse en el período que conferían las disposiciones adicionales.

Por otra parte, **el trabajador autónomo que reúna la condición de TRADE de manera sobrevenida, deberá comunicarlo a su “cliente”** en los términos del artículo 11 bis LETA (añadido por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), **quien deberá formalizar el contrato de TRADE en el plazo de un mes.**

En lo que **se refiere a su régimen jurídico**, debe resaltarse que tendrán derecho a una **interrupción anual de 18 días hábiles** (si bien ni la LETA ni el RD 197/2009 establecen que esta interrupción esté igualmente retribuida). En materia de extinción contractual, los TRADE tendrán derecho a percibir la indemnización fijada en el contrato individual o acuerdo de interés profesional de aplicación; en todo caso, si tal indemnización no se hubiese fijado, se calculará según los criterios del artículo 15 de la LETA.

En cuanto a la cotización de este colectivo, sería aplicable el mismo régimen explicado en el apartado 3.1 anterior, aunque en este caso es obligatoria la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

¿HACIA DÓNDE VAMOS? EL PROYECTO DE LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Tal y como hemos visto, la regulación del colectivo de los trabajadores autónomos es relativamente reciente, pues las normas que se han ido citando a lo largo de este artículo se han

ido promulgando de manera paulatina en los últimos cinco o seis años.

A pesar del poco rodaje que lleva el régimen legal comentado, es probable que su regulación se seguirá desarrollando en los próximos meses o años, por lo que no se trata, en absoluto, de una regulación definitiva. Una muestra de ello es el reciente RDL 4/2013, así como la ya mencionada Ley de apoyo a los Emprendedores.

La aprobación de esta norma ha sufrido varios retrasos respecto del calendario inicialmente previsto. Sin embargo, el Proyecto nos ofrece una ligera idea de lo que podría ofrecer el texto final en materia de trabajo autónomo. Entre las medidas que propone el Proyecto figura la cotización aplicable a los trabajadores en régimen de pluriactividad, lo que pretende estimular nuevas altas en el RETA. Asimismo, se prevén novedades en materia fiscal, como la posibilidad de que los sujetos pasivos con un volumen de facturación inferior a los 2.000.000 euros opten por un sistema que retrasa el devengo y la consiguiente declaración e ingreso del IVA repercutido en sus operaciones comerciales hasta el momento del cobro a sus clientes; los incentivos a la inversión de beneficios; o los incentivos a los “businessangels” en materia de IRPF.

Dado que el Proyecto comentado aún debe superar la tramitación parlamentaria es posible que sufra modificaciones sustanciales. Por ello, habrá que estar pendientes de la norma que finalmente se apruebe (más aun teniendo en cuenta que el pasado 6 de junio de 2013 el Comité Económico y Social Europeo elaboró un Dictamen sobre el “uso abusivo del estatuto del trabajador autónomo” por parte de los Estados Miembros) así como de otras disposiciones que puedan dictarse. ■



BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- ALGAR JIMÉNEZ, CÁRMEN. *Guía práctica del trabajador autónomo y/o empresario individual*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2011.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- REDACCIÓN. *Protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (ley 32/2010, de 5 de agosto)*. Fiscal-Laboral al Día Nº 189. Octubre 2010. (www.fiscalaldia.es)
- ALGAR JIMÉNEZ, CÁRMEN. *El trabajador autónomo*. Fiscal-Laboral al Día Nº 181. Diciembre-enero 2010. (www.fiscalaldia.es)
- ALGAR JIMÉNEZ, CÁRMEN. *El trabajador autónomo y su nuevo Estatuto*. Economist & Jurist Nº 115. Noviembre 2007. (www.economistjurist.es)

LAS PREFERENTES: VISIÓN DESDE LA PRÁCTICA



Santiago Viciano. Socio Director de V Abogados y fundador de www.abogadospreferentes.com.

La doctrina ha definido la participación preferente como: “Activo de renta fija o variable, privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo pero amortizable anticipadamente, subordinada y carente de derechos políticos”; definición que también ha sido adoptada por la jurisprudencia.

Así, la participación preferente u obligación subordinada podemos describirla como una clase de valor negociable, que ha sido objeto de una gran presión regulativa y social, cuya naturaleza jurídica no es capaz de definir nuestra doctrina, emitida por una entidad de crédito con el compromiso de un pago concreto de intereses en unos plazos determinados. Ese valor negociable, en la mayoría de ocasiones con desconocimiento del inversor, ha pasado a formar parte del patrimonio neto de la entidad emisora, de tal modo que la suerte y riesgo de esa inversión ha quedado inexorablemente unido al destino económico de la entidad crediticia.

Si analizamos su regulación legal observamos que son calificadas como “instrumentos de deuda”, sin embargo, al profundizar en el análisis de su procedimiento contable comprobamos que podría ser perfectamente denominada “una acción peculiar”, pues va a seguir el destino del capital social de la sociedad (entidad crediticia) a la que esté ligada. Pero además, existiendo la posibilidad de que no pueda participar en los beneficios de la entidad, si los hubiera. Ahora bien, atribuyéndole todas las pérdidas que la entidad sea capaz de generar. **A tenor de su regulación podemos afirmar**

que el suscriptor no va a tener derecho alguno de participación en las ganancias. Dicha consecuencia debe ser calificada como contraria a Derecho pues no se conoce en nuestra legislación figura jurídica alguna que implique una circunstancia, tan inverosímil: un inversor siendo accionista participa, con seguridad, de las pérdidas de la sociedad pero sus ganancias quedan supeditadas a la decisión arbitraria del órgano de administración de la sociedad.

El problema para el inversor (generalmente minorista y que tenía su

dinero en plazo fijo, seguro y de riesgo nulo) ha surgido cuando algunas de esas entidades emisoras han dejado de abonar el interés al que se habían comprometido con la suscripción del producto, incluso como es sabido, han sido incluso intervenidas por el Banco de España. Todo ello, teniendo en cuenta que la mayor parte del montante económico de dichas participaciones, proviene de depósitos a plazo fijo que, en cualquier entidad crediticia no pueden contabilizarse sino como pasivo de dicha sociedad; es decir dinero que la entidad adeuda y, que debe estar siempre en disposi-

ción de devolver a su inversor, cuando se den los plazos y las circunstancias acordadas entre las partes.

Con todos los datos anteriormente analizados esa participación que el inversor creyó “preferente” deja de ser un valor seguro y rentable para convertirse en un producto de inversión del máximo riesgo, tal y como ha quedado demostrado con el paso del tiempo.

NORMATIVA APLICABLE

La regulación de las participaciones preferentes se halla en la Disposición Adicional (DA) segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. Ésta fue introducida por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, que adaptó a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

La normativa citada ha sido parcialmente modificada por el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resolución de entidades de crédito (intervenidas), que entró en vigor 31 de agosto de 2012.

La DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, anteriormente citada, establece los requisitos, realmente complejos, para poder computar las participaciones preferentes como recursos

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. (Legislación General. Marginal: 2988).
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. (Legislación General. Marginal: 24037).
- Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. (Legislación General. Marginal: 144972). Art. 1.10.
- Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. (Legislación General. Marginal: 544720).
- Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos. (Legislación General. Marginal: 54514). Arts.; 38 y 39.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615).
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716). Arts.; 40, 1265.
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. (Normas básicas. Marginal: 4804). Art. 79 bis.

propios, entre los que se encuentra ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente

a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivo sea la emisión de participaciones preferentes.

Se establecen distintos **supuestos para las emisiones realizadas por una sociedad filial dependiente**

de la entidad de crédito dominante. Asimismo, las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien éstas podrán ser modificadas o canceladas, discrecionalmente por el Consejo de Administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz.

Además, **el Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en determinadas situaciones financieras**, dejando muy claro, la citada norma, que no se otorga derechos

de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

No deja de llamar la atención el carácter perpetuo de la suscripción preferente, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito.

Así, **en los supuestos de liquidación o disolución, las participaciones preferentes darán dere-**

cho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación.

En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en los ratios indicadores del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea, mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal.

La normativa establece que **en el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 % de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora**, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara, una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización, un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35%.

El catedrático de derecho mercantil ALONSO ESPINOSA, analizando la normativa aplicable a las participaciones preferentes, señala que éstas tienen jurídica y contablemente, en

“En los supuestos de liquidación o disolución, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación”

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Abril de 2013, núm. 244/2013, Nº Rec. 1979/2011, (Marginal: 2426912).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 4 de Abril de 2013, núm. 163/2013, Nº Rec. 107/2013, (Marginal: 2424431).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cambados de fecha 10 de Julio de 2012.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró de fecha 5 de Febrero de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de Noviembre de 2012, núm. 491/2012, Nº Rec. 714/2011, (Marginal: 2413316).

los balances de la entidad que las emite, una función eminentemente financiera por disposición legal, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos, al computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora.

JURISPRUDENCIA DICTADA EN FAVOR DE LOS INVERSORES

La jurisprudencia es en su gran mayoría favorable a los inversores (de hecho son contadas las sentencias desestimatorias para el inversor) y declara la nulidad de las participaciones y obliga a la entidad crediticia al reintegro de la cantidad entregada con sus intereses y al abono de las costas procesales.

De las sentencias existentes sobre la materia debemos hacer referencia a la dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cambrados, de fecha 10 de julio de 2012, en la que se lee textualmente: “...

“La participación preferente u obligación subordinada podemos describirla como una clase de valor negociable, emitida por una entidad de crédito con el compromiso de un pago concreto de intereses en unos plazos determinados”

*Siendo que la posibilidad de liquidez inmediata fue determinante para que el demandante suscribiera el contrato, tal y como ya se ha señalado...”; y añade: “...**existe nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por el demandante, por inadecuada, falsa e insuficiente información por parte de la entidad financiera que provocó error en el contratante invalidante del consentimiento, elemento esencial del contrato que produce su nulidad, por lo que se estima íntegramente la demanda interpuesta y se declara nulo el contrato**”.*

En esos mismos términos se expresa la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número uno de Mataró de fecha 5 de febrero de 2012 señala textualmente:

*“Con carácter previo a cualquier consideración de hecho sobre el contrato y/o contratos suscritos, no puede dejar de ponerse de manifiesto que, **el producto adquirido por los actores es jurídica y económicamente un producto financiero complejo**, comercializado por una entidad de crédito sometida a la disciplina bancaria y a la Ley del Mercado*



“Existe nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por el demandante, por inadecuada, falsa e insuficiente información por parte de la entidad financiera”

de Valores, a través de su red de oficinas locales y, por parte de su personal propio, **con base al régimen de confianza que los mismos tienen establecidos con los ahorradores que tradicionalmente acuden a sus dependencias en busca de seguridad y estabilidad**, amparados en la confianza que toda entidad de crédito ofrece y, en el caso de autos, aún más al ser la demandada (CAIXA LAYETANA) una entidad que durante años ha constituido la principal entidad financiera local, vinculada a la ciudad de Mataró y a su actividad social”.

Esa misma resolución, que creemos de las más esclarecedoras sobre la materia (junto con la dictada con posterioridad en la ciudad de Cambados), señala asimismo que “no puede tampoco olvidarse que el contrato suscrito tiene por objeto participaciones preferentes, que son legalmente definidas en la Ley del Mercado de Valores como valores financieros complejos, con las consecuencias jurídicas que a ello anuda el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas al que luego

se hará mención. Es de destacar también al respecto, que en el propio contrato de suscripción de participaciones preferentes objeto de enjuiciamiento, se evidencia que la entidad demandada que las comercializa las califica como de producto “complejo” respecto del que la entidad asume la obligación de evaluar la conveniencia de su colocación al suscriptor”.

A esta misma conclusión llega toda la jurisprudencia analizada: “el producto es complejo”. Lo que implica que su tratamiento exige unas cautelas especiales, específicas y legalmente establecidas y que son, además, de obligado cumplimiento. Así, conforme a lo previsto en los arts. 38 y 39 Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, se establecen **tres clases de posibles inversores en las participaciones preferentes: 1º) el inversor o cliente minorista; 2º) el inversor iniciado o experto; y 3º) el inversor cualificado**. El primero de ellos es definido como aquel que a pesar de disponer



de la información obligatoria que la entidad comercializadora del producto debe poner a su disposición, analizando su experiencia y conocimientos sobre productos financieros, no puede estar en condiciones de hacer una evolución del producto, suficientemente fundamentada, como para consentir las consecuencias del mismo. Es decir, los textos legales que se han puesto a su alcance por obligación legal no se traducen en la posibilidad certera de que el inversor asuma, valore y consienta con suficiente conocimiento las consecuencias de su inversión. En principio, **el segundo y tercer inversor, quedarían fuera de la protección de las pertinentes acciones por vicio del consentimiento**, mientras que el primer podría ejercitarlas con muchas posibilidades de éxito.

Numerosos casos concretos analizados en las sentencias dictadas en esta materia ponen de manifiesto que el test de conveniencia obligatorio (MIFID), era un mero trámite, que la entidad crediticia ejecuta como un paso previo y necesario para que la suscripción del producto quede enmarcada en la regulación legal necesaria para suscribir la participación. Pero en modo alguno se traduce en una verdadera y responsable información y analítica del perfil del inversor, ya que la jurisprudencia ha puesto en evidencia que son numerosos los casos en los que se hacía caso omiso del resultado que arroja el test. A pesar de ser negativo, la entidad bancaria seguía el curso del proceso suscribiendo el contrato de suscripción preferente con el inversor no cualificado.

Ahí se observa la mala fe de la entidad crediticia, pues siendo consciente de la inadecuación del perfil de ese concreto inversor, le permite suscribir la participación, lo que dice poco de la actitud honesta y transparente de aquellas entidades que debieron des-

aconsejar a su cliente la compra de ese producto concreto.

También se ha puesto de manifiesto en las sentencias analizadas que **las personas encargadas de vender el producto no explicaron a los inversores el riesgo de las participaciones**. No informando que había muchos peligros, demasiados, y que podían perder el capital o, manifestando con claridad que la suscripción era perpetua.

Pero lo más grave es la evidencia, que se traduce del análisis de sentencias dictadas, de que **ni el propio vendedor conocía con exactitud las consecuencias últimas de la colocación de dichos productos, cuestión que se pone de manifiesto por cuanto son muchos los familiares directos**, (cuando no ellos mismos), **los que han suscrito estas participaciones**. Consta textualmente en la resolución dictada por el juzgado de Mataró:

“Es difícil entender como gente mayor, ahorradores tradicionales de los de toda la vida, esencialmente preocupados a determinada edad por poder tener siempre disponibles sus ahorros al objeto de poder hacer frente a las enfermedades propias de su edad, a residencias de la tercera edad si llega el caso, a prestar ayuda a sus hijos y/o nietos y, en definitiva, a disfrutar de sus merecidos ahorros, pueden libre y voluntariamente suscribir un contrato de operaciones financieras complejas, para el que no están destinados al ser clientes mino-

ristas, sin los conocimientos específicos para su entendimiento y, a través del que se procede a la transformación del cliente minorista y ahorrador sin riesgos (con depósitos a plazo o vista) en inversor que financia a la entidad de crédito en la capitalización de su patrimonio neto y asume una posición jurídica de mayor riesgo que la propia de los accionistas o, en su caso, cuota-partícipes, de la entidad de crédito emisora”.

La citada sentencia llega aún más lejos y hace alusión al artículo 40 Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo la obligación de examinar, por fiscalía, si las conductas de la entidad crediticia pueden ser apreciadas de carácter delictual y, por tanto, constitutivas de infracción penal.

LOS INSTRUMENTOS PARA RECLAMAR

Para poder ejercitar cualquier acción de reclamación ante la entidad crediticia, el afectado precisa tener en su poder la documentación acreditativa de la adquisición del producto. En la práctica, resulta así necesario recopilar los siguientes documentos: Resguardo de la operación (Orden de suscripción con las condiciones principales), órdenes de compra, test de idoneidad (cuestionario MIDIF), cualquier contrato suscrito con la entidad, resumen de la emisión, condiciones particulares de los servicios de inversión, cualquier otro documento que contenga información sobre el producto, histórico de inversiones

“La opción arbitral y judicial no son compatibles y en consecuencia quién elige someterse a un árbitro no puede posteriormente reclamar en vía judicial”

realizadas por el afectado (no debemos olvidar que, en los procedimientos judiciales, una prueba a tener en cuenta es el origen del dinero invertido), orden de venta y extracto de los intereses producidos. Todo ello, sin olvidar aquella posible documentación post-contractual o prueba de pactos verbales posteriores a la venta del producto y favorables al inversor.

Con la señalada documental cualquier abogado, experto en la materia, está en condiciones de analizar el caso concreto y dirigir al inversor hacia la resolución de la controversia mediante algunas de las **posibles vías abiertas**:

– **Administrativa**: interponiendo reclamación **ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España**. Está vía, que suele tardar unos seis meses, es poco satisfactoria ya que su resolución no es vinculante para la entidad, por lo que el inversor puede no ver satisfechos sus derechos.

– **Acción judicial en el orden civil**: Más lenta que otras pero, en principio, ofrece **mayores garantías para el inversor**. Siempre se podrá recurrir si la resolución es desfavorable (cuando su cuantía sea superior a 3.000 euros) y, su caso será objeto de un proceso más completo, en el que se analizarán con mayor meticulosidad todos los detalles particulares de la operación. Reseñar que las demandas deberán interponerse de forma individual, las colectivas han fracasado estrepitosamente y que es necesario analizar cada caso concreto y probar el perfil que tenía el inversor en el momento de suscribir su participación. Dicha reclamación individual es imprescindible al interponerse la demanda ejercitando dos acciones, en primer lugar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, en concreto por error en el objeto que establece el artículo 1265 del Código Civil, y subsidiariamente la acción por incumplimiento contractual. Por tan-

to es inevitable ejercitar las acciones individualmente y, analizarlas caso por caso.

– **Acción judicial en el orden penal**: En este momento existen en trámite varias acciones ante la Audiencia Nacional, en concreto ante el Juzgado Central número cuatro. Su fundamento jurídico es la comercialización masiva entre clientes minoristas cuando la entidad se encontraba en una delicada situación financiera. Ello, en opinión de parte de la doctrina, ha podido suponer una estafa para los inversores. Debe señalarse que esta vía es compleja y tiene más inconvenientes que la civil. En primer lugar porque será muy difícil acreditar la existencia de dolo, imprescindible en este tipo de acciones penales y, en segundo lugar, porque la obtención del resarcimiento económico vendrá determinada por la responsabilidad civil derivada del delito, más lenta (puede tardar varios años) y depende de dicha condena penal.

– **Arbitraje**: puede ser solicitado por los “clientes minoristas”, que no sean profesionales, afectados por las preferentes o por la deuda subordinada de aquellas entidades que hayan sido nacionalizadas: Bankia, Catalunya Banc y Novagalicia Banco. (El plazo para los primeros fué ampliado hasta el 15 de julio de 2013, siendo inferior el plazo para los clientes de las otras dos entidades: Catalunya Banc 12 de julio de 2013 y Novagalicia Banco 14 de junio de 2013).

El inicio del proceso arbitral no paraliza el canje por acciones en ninguna de las tres entidades, que siempre conlleva la pérdida de un tanto por ciento del capital invertido. Es importante reseñar que la



opción arbitral o judicial no son compatibles y que en consecuencia quién elige someterse a un árbitro no puede posteriormente reclamar en vía judicial. Generalmente la entidad bancaria señala un máximo de cantidad a percibir en los procedimientos sometidos a arbitraje, lo que no implica que el laudo que dicte el árbitro vaya a resolver, entregando la totalidad de la cantidad señalada. Sin embargo, es cierto que, hasta el momento, son muchos los que han recuperado su inversión en su totalidad por este medio. Ahora bien el arbitraje debe ser en Derecho y solicitarse la nulidad del contrato de suscripción. En otros casos en los que el arbitraje es de Equidad y lo que se solicita es acción distinta de la nulidad, las posibilidades de laudo desfavorable aumenta sin posibilidad de recurso posterior alguno, como ocurre con todo laudo arbitral que se dicte.

En el caso de Bankia es una entidad auditora independiente, en concreto KPMG, quién decide si el inversor que ha solicitado el arbitraje reúne



las condiciones impuestas por la entidad financiera para ser admitida su solicitud. Analizados los casos en los que la entidad Bankia se ha sometido al arbitraje se observa que sus inversores tienen unos perfiles absolutamente contrarios a los que la legislación vigente exige para poder vender este tipo de productos y, en consecuencia, son casos que en la vía judicial habrían sido resueltos con toda seguridad en contra de la entidad, por lo que ésta quedaría obligada a la devolución de la totalidad con intereses y costas, lo

que en definitiva conllevaría un mayor coste para el demandado. Encuestas publicadas sobre este tema señalan que más del 60% de las solicitudes de arbitraje han sido rechazadas por la entidad bancaria.

Todo ello es consecuencia de lo que podríamos denominar: “*El engaño masivo de las preferentes*”. Frase que se ha repetido hasta la saciedad, titular de numerosos periódicos, que hacemos nuestra y que, tristemente, “*encierra la única verdad*”. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- BARRACHINA, EDUARDO. *Derecho del Mercado de Valores*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2011.
- COLINA GAREA, RAFAEL. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2010.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- FERNÁNDEZ-ALCANTUD, JOSÉ ANTONIO. *Supuestos en los que el cliente de un banco puede reclamar contra la entidad por información inadecuada o ausencia de esta*. *Economist & Jurist* N° 164. Octubre 2012. (www.economistjurist.es).

PROPIEDAD INDUSTRIAL: CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN LA ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL



Jean B. Devaureix. Abogado. Director Asesoría Jurídica de Pons Patentes y Marcas.

El artículo 125. 2. de la Ley de Patentes (LP), 11/1986, de 20 de marzo, aplicable a las marcas y a los diseños industriales de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley 17/2001 de Marcas, y la disposición adicional primera de la Ley 20/2003 del Diseño Industrial, es el que ha venido determinando desde el año 1989 (fecha puesta en funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia, en adelante TSJ), la competencia territorial en materia de propiedad industrial.

El mencionado artículo 125 de la LP, en sus apartados 1 y 2, establece que:

“Los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la presente Ley se resolverán en el juicio que corresponda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Será competente el Juez de primera instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser designado uno con carácter permanente, donde hubiere varios, por el órgano judicial competente”.

Hasta el año 2003, y en virtud de dicho precepto, los procedimientos judiciales civiles relativos a propiedad industrial se tramitaron ante los Juzgados de primera instancia del lugar sede del TSJ del domicilio del demandado. Es decir, en caso de que el demandado tuviese su domicilio en la ciudad de Castellón, por ejemplo, el demandante debía presentar la demanda ante el Juzgado de primera instancia de Valencia, lugar en el que radica la sede del TSJ de la Comunidad Valenciana. Dado que sólo existe un TSJ en cada Comunidad Autónoma, sólo 17 juzgados de primera instancia en todo el territorio nacional conocían los procedimientos civiles en materia de propiedad industrial hasta el año 2003.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, se crearon los Juzgados de lo mercantil, que son actualmente los competentes para conocer de dichos procedimientos de propiedad industrial y competencia desleal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 ter de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985. Dado que el artículo

125.2 de la LP no ha sido modificado, es pacífico en la doctrina y en la Jurisprudencia, que la mención a los Juzgados de primera instancia que efectúa dicho precepto ha de entenderse referida actualmente a los Juzgados de lo mercantil.

Hasta hace relativamente poco tiempo, todos los Juzgados y Tribunales, sin excepción, aplicaron el artículo 125.2 de la LP, tramitándose los asuntos ante el Juzgado de 1ª instancia (y posteriormente, a partir del año 2003, ante los Juzgados de lo mercantil) del lugar en que radicaba el TSJ del domicilio del demandado.

JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 125.2 LP

Pues bien, existe una reciente corriente jurisprudencial que considera que el artículo 125.2 de la LP está tácitamente derogado con la entrada en vigor de la Ley 8/2003, por lo que los procedimientos civiles relativos a propiedad industrial han de ser conocidos por los Juzgados de lo mercantil del domicilio del demandado, en aplicación del fuero general establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

De acuerdo con esta corriente jurisprudencial, la competencia territorial para conocer de los procedimientos de propiedad industrial se ha de

extender a todos los Juzgados de lo mercantil, y no sólo a los que radican en la sede del Tribunal Superior de Justicia del domicilio del demandado.

Así, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Auto núm. 22/2007 de 8 octubre, que cita otros anteriores de dicho Tri-

bunal, efectúa una serie de razonamientos sobre el alcance del artículo 125 de la LP, en el sentido de que se trata de un precepto que no determina la competencia territorial sino que supone la creación de juzgados especializados en propiedad industrial, basándose en varias sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley de Patentes, 11/1986, de 20 de marzo. (Normas básicas. Marginal: 226) Arts.; 125.1 y 2.
- Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. (Legislación General. Marginal: 24049).
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. (Normas básicas. Marginal: 10803).
- Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. (Legislación General. Marginal: 24040).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Art. 52.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial. (Normas básicas. Marginal: 44). Arts.; 26, 86 bis y ter.

“Hasta el año 2003, y en virtud del artículo 125 de la LP, los procedimientos judiciales civiles relativos a propiedad industrial se tramitaron ante los Juzgados de primera instancia del lugar sede del TSJ del domicilio del demandado”

provinciales, como es de ver en el Fundamento de Derecho Tercero que transcribimos parcialmente:

“Frente al criterio del Juzgado nº 6 de Badajoz, y aun existiendo resoluciones que consideran que dicha norma establece un fuero de competencia territorial, en la realidad, el art. 125.2 de la Ley de Patentes implicó la creación, de hecho, de juzgados especializados, reduciendo el conocimiento de la materia a unos cuantos Juzgados de Primera Instancia, apuntando así a un fuero de competencia objetiva. Como decíamos en los Autos de esta Sala 01/2006, 03/2006 y 02/2007, la razón de ser de esa norma no podía ser otra que la necesidad de atender a razones de funcionalidad y especialización (en los límites que establecía el art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en relación; con el ejercicio jurisdiccional en el orden civil) dada la trascendencia económica y jurídica alcanzada por la propiedad industrial; trascendencia asumida por el legislador de patentes hasta el punto de destinar un solo Juzgado de Primera Instancia (el de la sede del TSJ) al conocimiento de tales materias.

(...)

“Junto a todo ello debe por último tenerse en cuenta que, tal y como se razona en el auto del Juzgado núme-

ro 2 de Melilla y en el informe del Ministerio Fiscal, la regla establecida en el artículo 125.2 de la Ley de Patentes, pretende no tanto asignar la competencia territorial de entre varios órganos judiciales objetivamente competentes, sino más bien preestablecer un órgano especializada por razón de la materia” (el subrayado y negrita de las sentencias transcritas de aquí en adelante, son nuestros).

El razonamiento del citado Auto cabe resumirlo de la siguiente manera: cuando se promulgó la Ley de Patentes no existían los Juzgados de lo Mercantil, por lo que la atribución de la materia de propiedad industrial a un Juzgado concreto (el sito en la sede del TSJ del lugar del domicilio del demandado) no supuso la asignación de competencia territorial, sino que como dice el mencionado auto “preestablecer un órgano especializada por razón de la materia”. El auto transcrito, pues, sostiene que el artículo 125. 2. de la LP se introdujo por motivos de especialización para que las cuestiones de patentes (y de propiedad industrial en general) fuesen juzgadas por órganos especializados, pues hasta esa fecha eran conocidos por los juzgados de 1ª instancia. Pero una vez atribuidas determinadas materias a los Juzgados de lo Mercantil mediante la LO 8/2003, y en particular la que nos ocupa, carece de sentido que sigan conociendo de estos temas

sólo alguno de los Juzgados mercantiles, en detrimento de los demás.

A continuación, el mencionado auto razona, con base en la L.O. 8/2003, y en su exposición de motivos, que:

“La LO 8/2003, de crear los Juzgados de lo Mercantil, lo hace, con la atribución de competencias por razón de la materia (de competencia objetiva), asignándoles, entre otras, las materias referentes a la propiedad industrial sin hacer distinción entre los Juzgados de lo Mercantil de la ciudad de la sede del TSJ y los demás Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 .a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de (...) las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a (...) la propiedad industrial), por lo que debe entenderse derogada la norma establecida en el art. 125.2 de la Ley de Patente. Era clara, a nuestro juicio, la intención del legislador cuando aprobó esta norma propiciar la especialización de los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad de la sede de los TSJ a fin de procurar una mayor seguridad jurídica, y lo es en la actualidad al atribuir los procedimientos sobre propiedad industrial a los Juzgados de lo Mercantil cuando en la Exposición de Motivos de la LO 8/2003 se señala:

“... la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los Juzgados de lo Mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal,

abriendo con ello un camino de futura que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra Justicia, A mayor abundamiento, **con la creación de los Juzgados de lo Mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de lo materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de Indudable complejidad técnica.** En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones Se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generara una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de enjuiciamiento Civil. Por todo ello, esta especialización debe tener su implantación igualmente en la segundo instancia... “

Por tanto, la interpretación que se realiza por esta línea Jurisprudencial está fundamentada en una interpretación teleológica del Ordenamiento, y en particular, como lo dispone el párrafo transcrito, en los pronunciamientos de la Exposición de Motivos de la LO 8/2003 que, según el auto transcrito, muestran que la intención del legislador, al introducir los artículos 86 bis y ter de la LOPJ, es conseguir

“Una reciente corriente jurisprudencial considera que el artículo 125.2 de la LP está tácitamente derogado con la entrada en vigor de la Ley 8/2003, por lo que los procedimientos civiles relativos a propiedad industrial han de ser conocidos por los Juzgados de lo mercantil del domicilio del demandado”

un mayor grado de especialización y obtener resoluciones de calidad en un ámbito de gran complejidad técnica, especialmente en materia de patentes.

Estos razonamientos llevan a la Sala a concluir que “no encuentra justificación alguna que tenga que ser únicamente competente el Juzgado de lo Mercantil de Cáceres, ciudad sede del TSJEX, cuando ello solo tenía sentido cuando se atribuyó a uno de entre los muchos Juzgados de Primera Instancia de Extremadura. De este modo se evita la concentración de procesos de patentes y marcas en el Juzgado de lo Mercantil de Cáceres”.

De momento, son tres las Comunidades Autónomas que han adoptado esta línea jurisprudencial: Extremadura, País Vasco y Galicia. Así, al haberse suscitado un conflicto negativo de competencia entre dos Juzgados de lo mercantil de estas Comunidades Autónomas (pues ambos juzgados se declararon incompetentes para conocer el asunto) el órgano superior jerárquico común, el Tribunal Superior de Justicia de dichas Comunidades Autónomas, ha establecido que es competente el Juzgado de lo mercantil del domicilio del demandado y no el previsto en el artículo 125. 2 de la Ley de Patentes (V Gr. Auto del Tribunal Superior de

Justicia de Extremadura nº 4/2010 de 26 de octubre de 2010, Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 25 de octubre de 2011, o Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 28 de mayo de 2012).

PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES CONTRARIOS A LA APLICACIÓN DE LA NOVEDOSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EXPUESTA

La novedosa interpretación del artículo 125. 2 LP que hemos visto en el apartado anterior no es compartida por otros Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas.

En efecto, **el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, (Sala de lo Civil y Penal), dictó un auto de fecha de 30 de marzo de 2009**, que confirma el anterior auto de fecha 13 de enero de 2009 de ese mismo Tribunal, en el que explica las razones por la que la doctrina jurisprudencial excepcional a que nos hemos referido no puede considerarse aplicable, al ser de aplicación el artículo 125.2 de la LP como se ha venido interpretando desde el año 1989:

“Sobre la cuestión se han pronunciado algunos Juzgados y Tribunales,



JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de mayo de 2012.
- Auto del el Juzgado de lo mercantil nº 8 de Barcelona de 20 de septiembre de 2012.
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 25 de octubre de 2011, Nº Rec. 20/2011, (Marginal: 2429232).
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 26 de Octubre de 2010, núm. 4/2010.
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 8 de Octubre de 2007, núm. 22/2007.

manteniendo criterios encontrados; resultando mayoritarios aquellos que mantienen el que acoge el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Toledo.

Resulta ciertamente razonable la interpretación efectuada por el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Albacete al atender a la finalidad perse-

guida por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2003 de crear órganos judiciales de ámbito provincial con sede en la capital de provincia, especializados en determinadas materias, para dotar de funcionalidad y especialización a dichos órganos, sin exclusión ni distinción de clases o categorías entre ellos.

Ahora bien, la interpretación finalista no puede aplicarse cuando, como ocurre en el presente supuesto, la interpretación literal del precepto en cuestión no deja duda sobre el alcance de su dicción, por cuanto no es posible entender que aquella norma derogue expresamente el artículo 125 de la Ley de Patentes, ni tampoco puede considerarse derogado dicho precepto tácitamente pues, en efecto, el artículo 2.2 del Código Civil exige para que ello pueda producirse que la regulación de una misma materia en la regulación nueva resulte incompatible con la anterior. Y en este caso, no se produce tal incompatibilidad porque puede concordarse perfectamente el contenido del artículo 125 de la Ley de Patentes en su redacción anterior a la Ley Orgánica 8/2003, con la posterior, en el sentido de sustituir la referencia a "Juzgado de Primera Instancia" por "Juzgado de lo Mercantil", dejando vigente todo lo demás, y en consecuencia la referencia a la sede del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad Autónoma del demandado.

Por otra parte, acogiendo una de las razones que manifiesta el Auto de 18 de octubre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, si se entendiese derogado tácitamente el artículo 125 de la Ley de Patentes “ello conllevaría la pérdida de sentido de la regla 13ª del artículo 52.1 LECiv y en definitiva la ausencia de toda norma específica que fijase la competencia territorial en materia de propiedad industrial y marcas, lo cual es contrario a la tendencia legislativa de establecer fueros territoriales específicos en estas materias, de carácter indisponible”.

A favor de esta interpretación se ha de citar también la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, cuando declara: “Por un lado, será necesaria la creación de algunos nuevos juzgados, especialmente en aquellas capitales de provincia en las que, tanto por ser núcleos en donde los procedimientos concursales son estadísticamente más frecuentes, como por tener atribuido el conocimiento de determinadas pretensiones con exclusividad al resto (sedes del Tribunal Superior de Justicia), resulte así conveniente para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional”.

Este es el criterio de este Tribunal, que es el seguido también por algunos Juzgados de lo Mercantil, como el de Alicante (Auto de 18 de octubre de 2004, San Sebastián (Auto de 3 de diciembre de 2004), o Valencia (Auto de 18 de enero de 2005). En aplicación del mismo al presente supuesto, la Sala entiende que Juzgado competente territorialmente para conocer del juicio ordinario que ha suscitado la presente cuestión de competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Albacete, por ser

“Los TSJ de Extremadura, País Vasco y Galicia, han establecido que es competente el Juzgado de lo mercantil del domicilio del demandado y no el previsto en el artículo 125. 2 de la Ley de Patentes”

ésta la sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio del demandado”.

Los argumentos que expone el auto transcrito, son, sintéticamente, los siguientes: (i) una interpretación literal de la LO 8/2003 excluye la posibilidad de que se entienda derogado el artículo 125.2 LP, ni expresa, ni tácitamente, (ii) si se entendiese derogado el artículo 125. 2 LP, no tendría sentido el mantenimiento de la regla 13 del artículo 52 de la LEC, que fija la competencia territorial en materia de propiedad industrial, y (iii) la exposición de motivos de la LO 8/2003 dispone que, si resulta conveniente, procede atribuir “el conocimiento de determinadas pretensiones con exclusividad al resto sedes del Tribunal Superior de Justicia”, lo cual es perfectamente coherente con la redacción actual del artículo 125. 2 LP.

Por otra parte, el día 23 de noviembre de 2011, el Consejo General del poder Judicial, a propuesta de la Junta Sectorial de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, dictó un Acuerdo por el que se atribuye el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

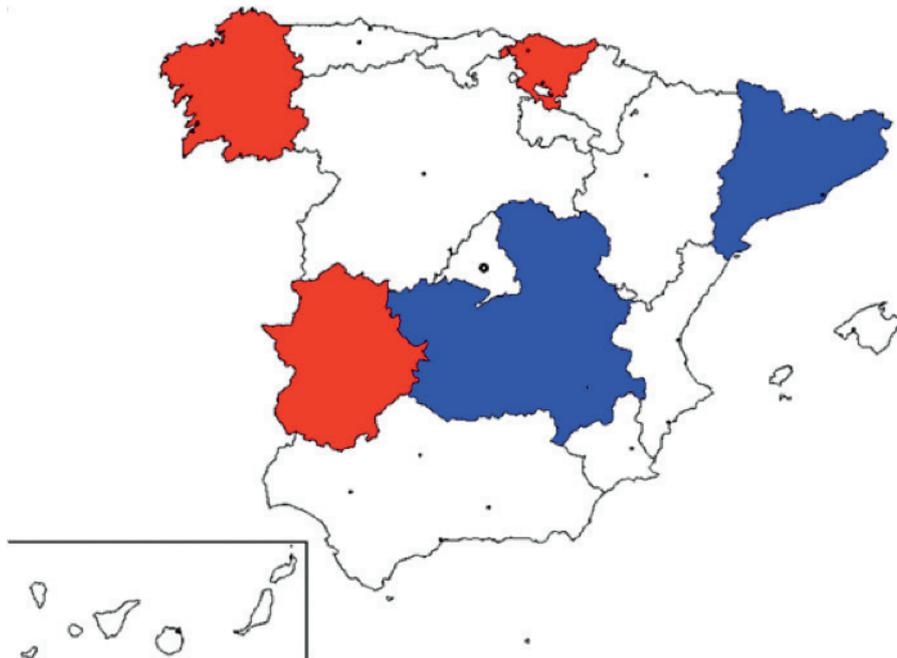
La atribución concreta de las distintas materias que conforman la propiedad industrial, intelectual y la competencia desleal a cada uno de los

Juzgados de lo Mercantil que actualmente están en funcionamiento en Barcelona, es la siguiente:

- Los Juzgados de lo Mercantil nº s 1, 4 y 5, conocerán de los asuntos relativos a Patentes y Publicidad.
- Los Juzgados de lo Mercantil nº s 2 y 8, conocerán los asuntos relativos a Marcas, Diseño Industrial y Propiedad Intelectual.
- Los Juzgados de lo mercantil nº 3 y 7, conocerán los asuntos relativos a Competencia Desleal y Defensa de la Competencia.

Pues bien, el Juzgado de lo mercantil nº 8 de Barcelona, con base en el mencionado Acuerdo de 23 de noviembre de 2011, mediante auto de fecha 20 de septiembre de 2012 desestimó la declinatoria planteada por una de las partes, que había alegado la Jurisprudencia que considera derogado el artículo 125. 2 de la LP, razonando que dicho Acuerdo atribuye las distintas materias de propiedad industrial a cada juzgado de lo mercantil de Barcelona partiendo de la aplicación del artículo 125. 2 de la LP, sin que quepa aplicar la mencionada Jurisprudencia por oponerse al referido Acuerdo de 23 de noviembre de 2011.

Por lo tanto, se ha de entender que en Barcelona, y por ende en Cataluña, se sigue la Jurisprudencia tradicional



En rojo, Las CCAA que adoptan la Jurisprudencia contraria a la aplicación del artículo 125.2 LP.

En azul, las CCAA que siguen aplicando el artículo 125. 2. LP.

En blanco, las CCAA cuyo TSJ no se ha pronunciado sobre la cuestión controvertida.

sobre el particular, aún no disponiendo de sentencia al respecto del TSJ de Catalunya.

CONCLUSIONES

Por lo tanto, a fecha de este artículo, el mapa español queda dividido de la siguiente manera:

Independientemente del debate que ello está generando entre los operadores jurídicos, lo cierto es que **la aplicación de dos corrientes jurisprudenciales opuestas en el territorio nacional, está causando una evidente inseguridad jurídica que afecta directamente a las empresas y ciudadanos que pretendan ejercer sus derechos de**

propiedad industrial ante los Tribunales, con un evidente riesgo de *forum shopping*, por lo que sería deseable que se unificaran los criterios de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- BATLLÓ BUXÓ-DULCE, LUIS. *Modificaciones del delito contra la propiedad industrial*. Economist & Jurist N° 144. Octubre 2010. (www.economistjurist.es)

LA CARGA DE LA PRUEBA: INVERSIÓN (SUPUESTOS) Y EXCEPCIONES



Gonzalo Barrenechea Correa. Responsable de la División de Derecho Procesal y Arbitraje Bufete Barrilero y Asociados.

La carga de la prueba es una de las instituciones más importantes del derecho procesal. En primer lugar, supone la garantía de que en todo caso se va a dar una solución a las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, y, en segundo lugar, establece y da a conocer las reglas que seguirá el juzgador para ello. Por tanto, las reglas de distribución de la carga de la prueba constituyen un auténtico reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva, al establecer las normas que evitan el non liquet –la fórmula romana del “no está claro” que dejaba sin juzgar la cuestión–, a la vez que permiten conocer con antelación las reglas que determinarán la resolución del conflicto.

A grandes rasgos, podríamos diferenciar los pleitos en tres grupos: (i) aquellos cuya controversia se suscita en la determinación de los hechos, (ii) aquellos en los que la controversia se limita a la interpretación de normas jurídicas, y (iii) aquellos en los que concurren las dos circunstancias anteriores.

LA IMPORTANCIA DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Para la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, el Juez es autónomo, siendo el *experto* que determinará la manera correcta de hacerlo. Por ello, cuando en el pleito sólo se discutan cuestiones jurídicas, no entran en juego las normas de la carga de la prueba y, de hecho, cuando hay conformidad en los hechos, ni siquiera se celebra juicio, pasando directamente al dictado de sentencia.

Sin embargo, **el Juez no es un interviniente en los hechos controvertidos, por lo que resulta necesario llevarle la más completa información de los mismos**, ya que sólo así será capaz de aplicar sus conocimientos jurídicos. Por ello, bien sea por dejación de las partes, o bien por imposibilidad de aportar las evidencias necesarias, la información no siempre le llegará de manera completa al juzgador. Habrá multitud de ocasiones en que el juez se enfrentará al reto de tener que dictar una sentencia sin contar todos los datos de los que le

gustaría disponer para la correcta resolución del conflicto, sin que quepa la posibilidad de salirse por la tangente, alegando imposibilidad de hacerlo.

Resulta un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que “*Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el proce-*

dimiento establecido en las leyes” (Art. 11.3 LOPJ). De hecho, en el propio artículo 1 del Código Civil, a continuación de identificar las fuentes del ordenamiento jurídico, se prevé que “7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Por tanto, resulta necesario conocer aquellas **reglas que determinarán el sentido de las resoluciones judiciales** en caso de que la información de la que se disponga por el órgano judicial no sea todo lo completa que se hubiera deseado. Estas reglas **son las de la carga de la prueba y resultan de aplicación exclusivamente en caso de vacío probatorio** [STS de 09/05/2013: “la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos”].

Hasta no hace demasiado tiempo, dichas reglas se encontraban en el Código Civil, reduciéndose a la lacónica mención de que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. Semejante parquedad

“No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho”

dio lugar a una importante evolución jurisprudencial que ayudó mucho a perfilar las líneas maestras de lo que sería el Art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, clave de bóveda de la carga de la prueba.

REGLAS GENERALES

Las reglas 2 y 3 del Art. 217 LEC determinan el sentido de la resolución judicial, dependiendo de quién falle en el cumplimiento de las reglas, estableciendo el clásico reparto: (i) **al actor y al demandado reconviniendo corresponde probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico de la demanda y de la reconvención;** (ii) **al demandado y al actor reconvenido corresponde probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores.**

Siendo estas reglas generalmente acertadas, resultarían tremendamente injustas si se aplicaran sin consideración alguna al esfuerzo que entraña la prueba en cada caso concreto, porque existen multitud de hechos de muy di-

fícil o incluso imposible demostración. Llevar estas reglas hasta sus últimas consecuencias entrañaría una evidente desigualdad entre las partes y un injusto reparto de la carga de la prueba.

Por este motivo, ya el propio Art. 217 LEC establece excepciones concretas, además de remitirse genéricamente a los especiales criterios que pudieran establecerse en otras disposiciones legales, para terminar indicando que en todo caso deberá atenderse por los Tribunales a la disponibilidad y facilidad probatoria.

Dentro de estas reglas especiales se suelen diferenciar entre las llamadas **directas, que exoneran de tener que desplegar actividad probatoria, y las indirectas, las cuales se concretan en el establecimiento de presunciones.**

CONCRETAS EXCEPCIONES RECOGIDAS EN EL ART. 217 LEC

Las **tres reglas específicas** expresamente contempladas se recogen en los apartados 4 y 5, el **primero referido a los procesos sobre compe-**

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Constitución Española de 1978. (Legislación General. Marginal:1). Art. 24
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). (Legislación General. Marginal: 44). Arts.; 11.3.
- Código Civil. (Legislación General. Marginal: 3716). Arts.; 1, 33, 359, 434, 459, 850, 1183, 1210, 1214, 1277, 1750, 1769, 1900, 1910.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación General. Marginal: 12615). Arts.; 4, 217.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014). (Legislación General. Marginal: 63746). Art. 13.
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. (Legislación General. Marginal: 35169). Art. 1.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.(Legislación General. Marginal: 69858). Art. 147.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (Legislación General. Marginal: 3661). Art. 38.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. (Legislación General. Marginal: 226).Arts.; 61,1, 77.2, 85.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.(Legislación General. Marginal: 10803). Art. 58.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. (Legislación General. Marginal: 3658). Art.45.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Art. 9.3.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.(Legislación General. Marginal: 24050).Arts.; 18.2, 71.2.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Legislación General. Marginal: 109184). Arts.; 237, 367.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. (Legislación General. Marginal: 14269). Arts.; 207, 210.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. (Legislación General. Marginal: 286314). Arts.; 96.1, 96.2, 108.1, 115.1 b), 181.2.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014). (Legislación General. Marginal: 68). Arts.; 8.1, 15.3, 55.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014). (Legislación General. Marginal: 6873). Art. 115.3.

tencia desleal y publicidad ilícita y el segundo a las alegaciones sobre actuaciones discriminatorias.

Siendo abundante en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de disposiciones especiales en las que se establecen reglas referidas a la carga de la prueba en casos concretos, parece que el legislador optó por incluir estos tres supuestos en la ley que ordena generalmente todos los procedimientos civiles –y supletoriamente todos los demás–, dándoles así una mayor relieve.

Conforme al apartado 4, **en los procedimientos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, es al demandado al que corresponde demostrar la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones y de los datos materiales que la publicidad exprese.**

En cuanto al apartado 5, se introdujo en marzo de 2007 por medio de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciendo que **cuando las alegaciones del actor se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.**

Este apartado no es sino una reiteración de lo que dispone el Art. 13 de la misma Ley Orgánica que la introdujo, dándole mayor relieve a una regla que entraña la inversión de la ordinaria regla de tener que demostrar el actor los hechos en que basa su demanda.

EXCEPCIONES DISPERSAS EN OTRAS DISPOSICIONES LEGALES

Ciertamente son abundantes en el ordenamiento jurídico los supuestos

de excepción a las generales reglas de distribución del *onus probandi*, por lo que intentaré limitarme a destacar los supuestos más destacados.

Por la frecuencia con que resulta aplicado, es destacable el Art. 1 del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor**, en virtud del cual *“el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”*, por lo que continúa indicando que *“en el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”*. Semejante afirmación, incluida en el primero de los artículos de la Ley, viene a reflejar la importancia de **trasladar la carga de la prueba a quien incurre en el riesgo objetivo de introducir en el tráfico un vehículo a motor**.

Algo parecido ocurre en materia de consumo, cuando señala el Art. 147 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** que *“los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”*. Con ello no sólo **se traslada la carga de la prueba a quien obtiene el**

“La Ley imputa al empresario la carga de probar el incumplimiento que hubiere alegado en el escrito de comunicación del despido”

beneficio de la actividad, sino que se protege a quien se encuentra en posición de inferioridad.

En el mismo sentido señala el Art. 38, párrafo segundo, de la **Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro** que *“Incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos”*, pero que, no obstante lo anterior, **“el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces”**.

También a los efectos de posibilitar la demostración de hechos que de otro modo pudiera resultar imposible, señala el Art. 61.1 de la **Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes** que *“si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado”*.

Y añade el Art. 77.2 de la misma que *“el transmitente o licenciante responderá siempre cuando hubiere actuado de mala fe”*, estableciendo a tales efectos que *“la mala fe se presume, salvo prueba en contrario, cuando no hubiere dado a conocer al otro contratante, haciéndolo constar en el contrato con mención individualizada de tales documentos, los informes o resoluciones españoles o extranjeros, de que disponga o le conste su existencia, referente a la patentabilidad de la invención objeto de la solicitud o de la patente”*.

Asimismo señala el Art. 85 de la Ley de Patentes que, *“justificada la explotación ante el Registro de la Propiedad Industrial, mediante el correspondiente certificado, se presume que, salvo prueba en contrario, la invención patentada está siendo explotada en la forma exigida por el artículo 84 de la presente Ley”*.

También existen presunciones similares en la **Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas**, cuyo Art. 58 señala que *“en la acción de caducidad por falta de uso de la marca corresponderá al titular de la misma demostrar que ha sido usada con arreglo al artículo 39 o que existen causas justificativas de la falta de uso”*.

A los efectos de demostrar la realización del pago, y favorecer la fluidez del tráfico mercantil, el Art. 45 de la **Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque** establece que *“se presumirá pagada la letra que, después de su vencimiento, se hallare ésta o el documento a que se refiere este artículo en poder del librado o del domiciliatario”*.

Existe otra presunción para salvar la dificultad de demostrar hechos en el Art. 9.3 de la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**, conforme al cual *“la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del*

“Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”

caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Con esta regla especial indirecta, se salva la tremenda dificultad que entraña demostrar un daño que, por afectar al fuero interno de la persona, no es objetivable.

En el Art. 18.2 de la **Ley Concursal**, Ley 22/2003, de 9 de julio, se prevé para el caso de oposición del deudor a la solicitud de concurso que, cuando niegue estar “en estado de insolvencia, (...) **incumbirá al deudor la prueba de su solvencia** y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho”.

En su Art. 71.2, en cuanto a las acciones de reintegración, se establece que “**el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente**”.

La **Ley de Sociedades de Capital**, RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio Artículo 237 establece otra inversión de la carga de la prueba cuando dice que “**todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente,**

salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

Igualmente el Artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, en la llamada **responsabilidad por deudas**, establece que “**responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución**”, facilitando la prueba del momento del nacimiento de la deuda al señalar que “*en estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior*”.

Son igualmente muy frecuentes las reglas que contiene el **Código Civil** en cuanto a la carga de la prueba en supuestos muy concretos. Así, el art 33, para caso de duda, **entre dos o más personas llamadas a sucederse**, quién de ellas ha muerto primero, se presume, a falta de prueba en contrario, que murieron al mismo

tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro; el art. 359 presume que las **obras, siembras y plantaciones** realizadas en un predio lo fueron hechas por su propietario; el 434 establece la **presunción de que toda posesión es de buena fe**, correspondiendo la prueba en contrario a quien así lo afirme; el 459, para facilitar la **prueba a quien demuestre que es poseedor actual y pasado**, presumiendo que también lo hizo durante todo el tiempo intermedio; el art. 850, atribuyendo la prueba de ser cierta **la causa de la desheredación a los herederos del testador** si el desheredado la negare; el art. 1183, señalando que siempre que la **cosa se hubiese perdido en poder del deudor**, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito; el art. 1210, presumiendo la subrogación en los **supuestos de pago de la deuda entre acreedores o terceros**; el Art. 1277, presumiendo la existencia y licitud de la **causa de los contratos**; el Art. 1750, al dejar de cuenta del comodatario la demostración de existencia de **pacto de duración del comodato y el uso al que había de destinarse la cosa prestada**; el Art. 1769, presumiendo la culpa del depositario, en caso de ser **forzado el sello o cerradura de la cosa depositada**; el art. 1900, atribuyendo al pagador la prueba del mismo, así como la del error con que lo realizó; y el Art. 1910, cuando dice que el **cabeza de familia que habita una casa es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeran de las mismas**.

En definitiva, como se puede comprobar en cada uno de los supuestos legales que venimos relacionando, todos ellos obedecen a supuestos en los que resultaría muy difícil o imposible cumplir con las reglas generales de la carga de la prueba, lo que, de mantenerse en todo caso, generaría espacios de injusticia manifiesta.

El legislador no es ajeno en cada uno de estos especiales supuestos a la importancia de flexibilizar las reglas, prestando especial atención al grado de dificultad que entraña la prueba del hecho concreto, así como la disposición de medios de cada una de las partes.

Este patrón al que obedecen los supuestos relacionados, se universalizó primero jurisprudencialmente y después por medio del apartado 7 del Art. 217 LEC, el cual analizamos en el siguiente apartado.

LA TEORÍA DE FACILIDAD PROBATORIA Y DISPONIBILIDAD DE MEDIOS DE PRUEBA

Esta teoría, también llamada de proximidad a los medios de prueba, fue desarrollada ampliamente por la jurisprudencia durante la vigencia del Art. 1214 del Código Civil. Así, el Tribunal Supremo señaló en muchas ocasiones que *“la lealtad y buena fe procesal exigible en todo caso, (...) ha llevado a esta Sala a interpretar la doctrina de la carga de la prueba según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados a la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte, según se ha recogido en Sentencias como las de 23 septiembre, 20 octubre y 19 diciembre 1986 (RJ 1986\4782, RJ 1986\5947 y RJ 1986\7679), 24 abril y 29 mayo 1987 (RJ 1987\2728 y RJ 1987\3848) y 19 mayo 1988 (RJ 1988\4315), entre muchas otras, que demuestran cómo la doctrina de la «disponibilidad» y «facilidad» está plenamente consolidada”* (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 21 diciembre 1991 RJ 1991\9824).

Esta doctrina adquirió naturaleza legal en la Ley 1/2000, cuyo Art. 217.7 establece que *“para la aplicación de lo dispuesto en los apartados*

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2013, núm. 241/2013, N° Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de Marzo de 2013, núm. 100/2013, N° Rec. 555/2012, (Marginal: 2424423)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de Enero de 2013, núm.32/2003, N° Rec. 447/2012, (Marginal: 2426486)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de Noviembre de 2012, núm.682/2012, N° Rec.405/2012, (Marginal: 2426485)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Noviembre de 2012, núm. 686/2012, N° Rec. 412/2010, (Marginal: 2411108)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Diciembre de 2010, núm. 873/2010, N° Rec. 1232/2007, (Marginal: 2255768)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de Enero de 2009, núm. 2/2009, N° Rec. 4319/2005, (Marginal: 284241)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de Julio de 2008, núm. 92/2008, N° Rec. 6595/2006, (Marginal: 284141)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Septiembre de 2008, núm.854/2008, N° Rec. 2366/2002, (Marginal: 308035)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Junio de 2007, núm. 677/2007, N° Rec. 4714/2000, (Marginal: 289254)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de Marzo de 2007, núm. 231/2007, N° Rec. 629/2000, (Marginal: 287020)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de Febrero de 2006, núm. 41/2006, N° Rec. 5038/2003, (Marginal: 262647)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Mayo de 2006, N° Rec. 3448/1999, (Marginal: 267230)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de Mayo de 2006, N° Rec. 2968/1999, (Marginal: 267179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de Junio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de Junio de 2006, núm. 601/2006, N° Rec. 2838/1999, (Marginal: 267342)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Julio de 2006, núm. 736/2006, N° Rec. 4654/1999, (Marginal: 277200)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de Marzo de 2003, núm. 49/2003, N° Rec. 988/1999, (Marginal: 74556)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Diciembre de 1991, (Marginal: 2426445)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Mayo de 1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de Abril de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Mayo de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de Septiembre de 1986, (Marginal: 2426444)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de Octubre de 1986.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Diciembre de 1986, (Marginal: 2426446)

anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Obviamente, **no se puede amparar a quien estando en una posición privilegiada para la demostración de los hechos que determinan la resolución de la controversia, omite cualquier esfuerzo probatorio para parapetarse en las reglas de la carga de la prueba y solicitar la desestimación de las pretensiones de su opositor en base a ellas.** Eso no sería ni leal, ni de buena fe.

Cabe citar como ejemplos de la aplicación de la facilidad probatoria la STS, de 30 Dic. 2010, o las SAP Pontevedra, Sección 3ª, S de 7 Mar. 2013, SAP Alicante, Sección 8ª, S de 22 Ene. 2013 y SAP Madrid, Sección 21ª, de 29 Nov. 2012, rec. 279/2011.

LA CARGA DE LA PRUEBA COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 12 de junio de 2007, resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos:

- Para que se produzca la infracción del art. 1214 (actual artículo 217

de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurren los requisitos consistentes en:

- **Existencia de un hecho** – afirmación fáctica positiva o negativa– precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones;
- Que el **hecho sea necesario para resolver** una cuestión litigiosa;
- Se trate de un **hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada**, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal ; y
- Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba.

Y es, entonces, cuando entra en juego **la doctrina de la carga de la prueba material.**

- **No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un**

hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad –incoherencia pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba– y;

- El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 LEC) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de la Sala, dentro de la cual se citan las de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 julio 2006 y 2 marzo 2007.

Como señala la más reciente STS de 19 de noviembre de 2012 “*no pueden confundirse las reglas que regulan la carga de la prueba, con aquellas que disciplinan la valoración, de la misma, ya que esta es una operación previa y, tan solo si después de valorar la practicada el tribunal llega a la conclusión de que no existe prueba suficiente, entran en juego las referidas a la "carga de probar"*”.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Como sabemos, la **presunción de inocencia** es un derecho fundamental previsto en el Art. 24.2 CE, que consiste en una verdad “provisional” de que el imputado de una infracción penal no ha tenido participación en ella, en tanto en cuanto no se acredite el hecho constitutivo de la misma y la propia circunstancia de la participación en el. Por ello, **la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción incumbe al acusador sin que pueda exigirse al inculpado prueba de que no ha cometido los hechos que se le imputan.**

Pero hay que precisar que esta presunción alcanza exclusivamente a los elementos constitutivos del deli-

“La carga de probar los hechos constitutivos de la infracción penal incumbe al acusador sin que pueda exigirse al inculpado prueba de que no ha cometido los hechos que se le imputan”

to (positivos) y al hecho de la participación en el mismo del inculpado. La prueba de los elementos negativos del delito, base fáctica de los elementos de las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal, incumbe a quien las alega, no habiendo una presunción general de concurrencia de eximentes y atenuantes cuya destrucción corresponda también al acusador, sino que éste únicamente ha de probar la existencia del hecho delictivo y su participación del acusado en el mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, sí existen dos supuestos en el Código Penal que **centran la atención en el esfuerzo probatorio del acusado, aunque no puede hablarse propiamente de inversión de la carga de la prueba**, porque estos aspectos no versan sobre la ocurrencia del hecho ni sobre la participación, sino sobre elementos que hacen los hechos “atípicos”.

Nos referimos a la *exceptio veritatis* de los delitos de **calumnia** (207 CP, “*el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*”) y de injuria contra funcionarios (210 CP “*el acusado por delito de injuria quedará exento de responsabilidad penal probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o infracciones administrativas*”).

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

En el proceso laboral rigen con carácter general las reglas sobre carga de las pruebas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado el carácter supletorio de ésta para el resto de órdenes jurisdiccionales (Art. 4 de la LEC).

“En los procedimientos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, es al demandado al que corresponde demostrar la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones y de los datos materiales que la publicidad exprese”



No obstante, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) ha introducido ciertas alteraciones al régimen general de distribución de la carga de la prueba, dada la singular posición que adopta el empresario con respecto al trabajador en este tipo de procesos, siendo éste el caso del Art. 96 de la LRJS, que contiene una regla especial sobre carga de la prueba en los casos de discriminación y en accidentes de trabajo.

Al respecto de los **casos de discriminación**, el Art. 96.1 de la LRJS (en relación con el Art. 181.2 del mismo texto legal) dispone que “1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o con-

vicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, **corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad**”.

Por lo tanto, y según reiterada jurisprudencia (SSTC 92/2008, 49/2003, 2/2009, 41/2006, entre otras), **se exige al demandante la aportación de indicios suficientes para sostener una sospecha fundada de vulneración de un derecho fundamental, correspondiendo al demandado desvirtuar la anterior presunción acreditando que su decisión atiende a motivos objetivos, razonables y ajenos a cualquier móvil discriminatorio o lesivo**.

La regla anterior es acorde con las directrices contenidas en las Directivas sobre prohibición de la discriminación por razón de género (Directiva 97/80/CE), sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE) y la relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE).

El Art. 96.2 de la LRJS se refiere por su parte a los procesos relativos a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, disponiendo al respeto que “2. En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales **corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad.** No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responde al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”.

Por otro lado, **la Ley imputa al empresario la carga de probar el incumplimiento que hubiere alegado en el escrito de comunicación del despido** (Art. 108.1 de la LRJS: “En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente”), así como los hechos alegados en la carta de sanción (Art. 115.1 b) de la LRJS: “1. La sentencia contendrá alguno de los pronunciamientos siguientes: [...] b) Revocarla totalmente, cuando no haya sido probada la realidad de los hechos imputados al trabajador o éstos no sean constitutivos de falta, condenando al empresario al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción”.

Además, en el proceso laboral resultan de aplicación diversas **presunciones motivadas** asimismo por el

afán del legislador de dotar de cierta protección al trabajador, dada la singularidad de la relación laboral con respecto a otras relaciones jurídicas:

- El Art. 115.3 de **la Ley General de la Seguridad Social establece la presunción de que, salvo prueba en contrario, se considerarán accidentes de trabajo las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo o de agravación de la enfermedad preexistente.**
- El Art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “**El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél**”.
- El Art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que “**Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley**”. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- ABEL LLUCH, XAVIER y PICÓ I JUNOY, JOAN. *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Ed. JM Bosch Editor.
- BONET NAVARRO, JOSÉ. *La prueba en el proceso civil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2008.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2ª Edición 2012. Actualizado*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- BONET NAVARRO, ÁNGEL. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Economist & Jurist N° 42. Marzo-abril 2000. (www.economistjurist.es)

EL RIESGO LEGAL CORPORATIVO: NORMATIVAS NACIONALES, COMUNITARIAS E INTERNACIONALES



Alonso Hurtado Bueno. Socio de IT & Compliance de ECIJA.

Abstract: Disponer de una estrategia integral para la identificación, análisis, evaluación y gestión del riesgos legal corporativo en las organizaciones de hoy día, es una necesidad esencial para lograr generar la confianza reclamada insistentemente por inversores, clientes y demás agentes del mercado, además de lograr reducir los riesgos legales de la compañía, aumentar la eficiencia de la organización y facilitar la toma de decisiones por parte del Consejo de Administración.

A ninguno se nos escapa que la actual situación económica ha provocando que la mayoría de organizaciones comiencen a implementar planes encaminados a mejorar y aumentar su eficiencia, los sistemas de control internos, así como la disposición de sistemas internos de monitorización y control del “estado de salud” de la organización.

En este proceso de cambio, como no podía ser de otra forma, Gobiernos y Entes Reguladores iniciaron hace algunos años un profundo proceso de regulación con impacto en la mayoría de sectores, caracterizándose las diferentes normas promulgadas por introducir sistemas de control efectivo, de transparencia y de buen gobierno corporativo orientados a lograr los máximos grados de participación, legalidad, transparencia, responsabilidad, consenso, equidad, eficacia, eficiencia y sostenibilidad.

La creación del mercado común europeo, entre cuyas principales orientaciones se encuentra promover la unificación de la normativa aplicables en todos los países miembros; los frecuentes casos de corrupción en organismos públicos y privados con graves efectos

colaterales para las economías nacionales; o las importantes quiebras o ‘defaults’ que desde inicios del S. XXI hemos tenido ocasión de presenciar, tales como la de compañías como Lehman Brothers, y todo lo que de ella dependía a nivel mundial, Enron, Worldcom,

AOL o Arthur Andersen, caídas que en muchos casos se produjeron por la falta de control interno y externo del cumplimiento normativo, han obligado al establecimiento de un marco regulador uniforme, del que se derivan una serie de reglas básicas cuyo cometido

no es otro que, sin llegar a anular la necesaria capacidad privada para la gestión de las organizaciones, existieran herramientas y métodos, más o menos uniformes, que permitieran anticiparse y prever los posibles efectos derivados de estas situaciones, así como dotara al resto de los agentes del mercado de medios suficientes para poder reaccionar desde el punto de vista jurídico y económico para la defensa de sus intereses.

Desde los departamentos jurídicos y de cumplimiento normativo, como la gran mayoría de las disciplinas empresariales, hemos tenido que evolucionar con los tiempos, adaptándonos a los requisitos que una sociedad y un mercado, cada vez más exigente, nos requieren.

Los servicios de asesoramiento y consultoría legal tradicionalmente han estado orientados únicamente a identificar posibles incumplimientos normativos de la organización, centrándose en la proposición de las medidas correctoras oportunas para lograr solucionar los incumplimientos de la organización, sin que en ningún momento se realice una identificación de los riesgos reales que la organización asume en caso de incumplimiento, ni tampoco analizar el coste/beneficio que podría implicar el cumplimiento, o en su caso el incumplimiento normativo en cuestión.

Ante los cambios normativos tan habituales a los que no estamos vien-



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (Normas básicas. Marginal: 8).
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (Normas básicas. Marginal: 72032).
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. (Legislación General. Marginal: 106137).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 14269).

“Los elementos que debemos tener en cuenta a la hora de calcular el riesgo asociado al incumplimiento de una determinada obligación legal son: probabilidad, amenaza, vulnerabilidad, e impacto”

do sometidos en los últimos tiempos, la intensificación de los niveles de responsabilidad de los consejos de administración, así como **la imposición de la obligación de debido y efectivo control en las compañías o de evaluación del riesgos de las organizaciones, el asesoramien-**

to jurídico prestado siguiendo las metodologías tradicionales, en muchas ocasiones, ha dejado de aportar niveles de seguridad frente al riesgo efectivamente razonables, convirtiéndose el cumplimiento normativo en una carga pesada para las organizaciones,

“Para la identificación, evaluación y gestión del riesgo, contamos en la actualidad con estándares internacionales como ISO/IEC 31.000”

que en muchas ocasiones son mantenidas únicamente por tratarse de una mera imposición legal, sin que se extraiga un valor añadido real a la compañía, como podría ser, por ejemplo, al aumento de la valoración de la compañía en bolsa.

El principal elemento adicional que se está introduciendo en la valoración jurídica, es el elemento del Riesgo, un Riesgo, que debe ser calculado tomando como referencia criterios actuariales, ampliamente utilizados en el sector asegurador o financiero, en el que mediante la aplicación de un sencilla fórmula matemática (**Riesgo = Probabilidad x Impacto**), también, por qué no, los asesores legales podemos poner a disposición de nuestros Consejos un potente instrumento con el que poder valorar, basándonos en datos puramente objetivos, las decisiones asociadas al cumplimiento de determinadas normas o en su caso el grado de cumplimiento.

Son cuatro los elementos que debemos tener en cuenta a la hora de calcular el riesgo asociado al incumplimiento de una determinada obligación legal:

- **Probabilidad:** siendo la frecuencia con la que se produce una determinada amenaza.
- **Amenaza:** siendo la situación que en caso de constatarse, junto a la vulnerabilidad, produciría necesariamente que el impacto se materializara.

- **Vulnerabilidad:** produciéndose cuando no existe o no se aplica una medida específica, ya sea jurídica, técnica u organizativa, encaminada a eliminar el riesgo en su origen, o en su caso, mitigarlo para su adecuada gestión.

- **Impacto:** efectos, directos e indirectos (no sólo económicos, sino también reputacionales, bloqueo de operaciones, etc), que pueden llegar a derivarse en caso de que se materialice una determinada amenaza.

Para la identificación, evaluación y gestión del riesgo, contamos en la actualidad con estándares internacionales como ISO/IEC 31.000 que ponen a nuestra disposición una metodología uniforme, común y reconocida a nivel internacional para identificar, analizar, evaluar y tratar los potenciales riesgos, **contribuyendo a minimizar las áreas de incertidumbre y a la mejora del desempeño, proporcionando las directrices necesarias para gestionar eficazmente cualquier tipo de riesgo de una manera sistemática, transparente y fiable**, ayudando a desarrollar un marco de trabajo para integrar la gestión del riesgo en todos los procesos de la empresa y como no, también en los procesos asociados al área legal de la organización.

Son sectores como el asegurador, financiero, telecom o energético en los que la **normativa nacional, comu-**

nitaria e internacional de reciente publicación, está haciendo especial hincapié en la **necesidad de que las organizaciones se doten de sistemas internos de Governance, Risk&Compliance (GR&C) que permitan a las entidades poder establecer internamente un Framework para la gestión de riesgos**, pero no sólo **financieros u operacionales**, sino también para los riesgos asociados al **cumplimiento normativo**.

La mayoría de la normativa de aplicación a la empresa privada, especialmente si ésta pertenece a sectores con alta regulación o compañías cotizadas, impone la **obligación de realizar auditorías periódicas**, así como publicar datos estadísticos del nivel de cumplimiento y de los riesgos asumidos por la compañía, así como sobre el grado de cumplimiento y desarrollo de una determinada ley o marco regulatorio.

Del mismo modo, es habitual que la normativa en cuestión requiera las máximas garantías de objetividad, independencia e integridad de todos y cada uno de los procesos de evaluación de cumplimiento, de tal forma que una vez emitidos no puedan ser variados. Todo ello no tiene otro objetivo que reforzar la confianza de inversores y clientes, mediante la reducción del riesgo de la compañía y especialmente, mediante la acreditación permanente de los niveles de cumplimiento normativo de la organización.

Desde el punto de vista normativo, cabe destacar, entre las principales normas, la necesidad de establecer un “*Framework*” de cumplimiento normativo, en el que se realice una auditoría y evaluación periódica del nivel de cumplimiento, así como se mantengan registros acreditativos del cumplimiento periódicos o en su caso



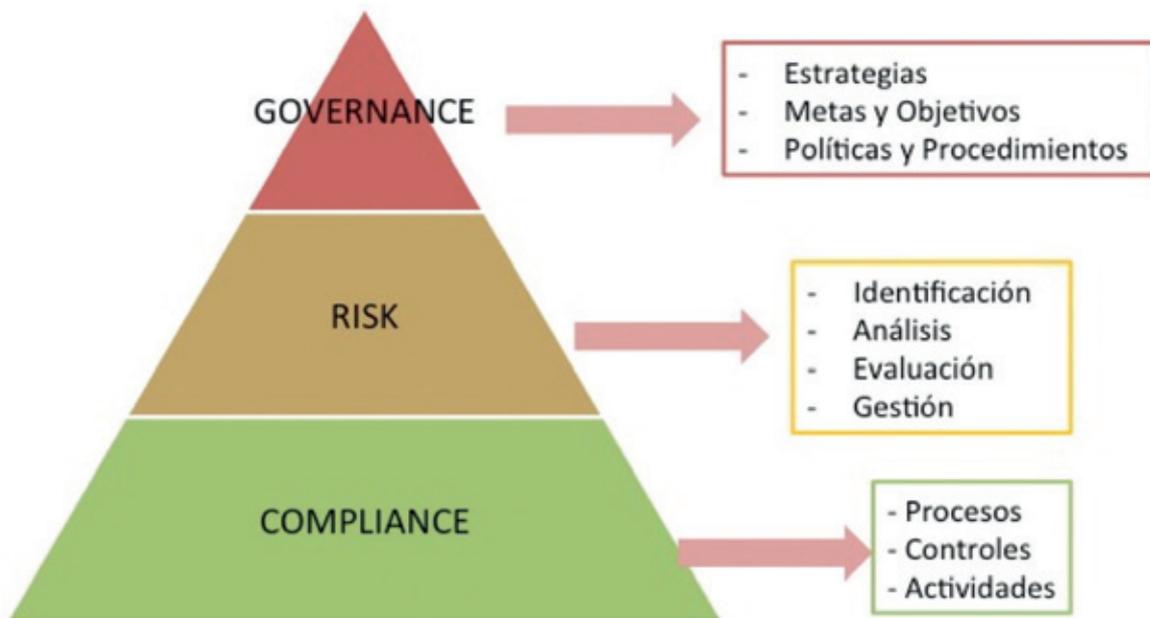
sistemas de evaluación de riesgos legales corporativos.

A nivel **Nacional**, cabe destacar lo dispuesto por la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal** y particularmente por el **Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre**, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, donde se establece, entre otras, la obligación por parte de cualquier tipo de entidad, que trate datos personales que sean catalogados de un determinado nivel de seguridad, de someter los sistemas de información empleados para el tratamiento de los mismos a una auditoría bienal, además de llevar a cabo la elaboración de un Documento de Seguridad interno en el que se describan todas las medidas de seguridad y organizativas aplicadas sobre los sistemas de información y tratamiento de datos personales.

Del mismo modo, es igualmente destacable el papel que juega en este sentido la **Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**, donde se establece expresamente que los sujetos obligados deberán aprobar por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, con-

trol interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes y comunicación de las mismas a los organismo reguladores, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, extendiendo lo dispuesto en las citadas políticas a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países.

“La normativa nacional, comunitaria e internacional está haciendo especial hincapié en la necesidad de que las organizaciones se doten de sistemas internos de Governance, Risk & Compliance (GR&C) que permitan a las entidades poder establecer internamente un Framework para la gestión de riesgos”



Es también importante, por el tipo de norma de que se trata, tener en cuenta lo dispuesto en la **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**, en lo que respecta a la **responsabilidad penal de personas jurídicas**, donde se dispone que las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el “*debito control*” atendidas las concretas circunstancias del caso.

Precisamente, el “*debito control*” requerido por la norma no es otro que el establecimiento de sistemas de gestión y control internos, políticas de seguridad y prevención así como sistemas de evaluación permanente del nivel de cumplimiento de los objetivos previamente establecidos.

A nivel internacional, concretamente en los Estados Unidos de América (USA), cabe tener en consideración lo dispuesto por la **Sarbanes - Oxley Act of 2002, Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista**, norma de frecuente aplicación por parte de compañías españolas, en tanto éstas compañías coticen en la bolsa de los Estados Unidos o en su caso coticen en otras bolsas internacionales que lleven a cabo negocios en los EE.UU, cosa que suele ser extraordinariamente habitual.

Esta norma pretende lograr la **generación de confianza entre los clientes y especialmente inversores, mediante la creación de estándares de auditoría y selección de los equipos auditores**; el establecimiento de controles internos con el fin de asegurar la transparencia financiera, así como la precisión y responsabilidad individual sobre la información contenida en los mismos; la realización de evaluaciones y auditorías internas, que deberán constar en

todo caso por escrito, en los que se establezca la responsabilidad del equipo directivo de tener una estructura de control adecuada para los informes de estados financieros y en todo caso, se acredite haber realizado una evaluación sobre la eficacia de los controles efectivamente aplicados.

Como vemos, de nuevo se trata de una norma aplicable a una gran número de compañías españolas que dispone la necesidad de disponer de controles internos y sistemas que integren el cumplimiento normativo de la organización con una identificación, análisis y evaluación de riesgos, con el fin de dotar a la información manejada por la compañía de la trazabilidad, transparencia e integridad requeridas por el mercado, con el fin de garantizar la máxima confianza, especialmente a inversores y resto de agentes del mercado.

Por último y dada la importancia de la materia y la conexión con la normativa de protección de datos anteriormente comentada, es de especial

trascendencia la **HealthInsurance-Portability and Accountability Act (HIPAA)**, normativa específica de privacidad respecto a datos relativos a salud aplicable a todos los planes de salud, centros de salud, así como a cualquier entidad que preste servicios relacionados con la salud que transmita este tipo de información en el territorio de los Estados Unidos de América (USA).

En definitiva, y a modo de conclusión, como no podía ser de otra forma, el mundo del Derecho y del Cumplimiento Normativo se está viendo sacudido en los últimos tiempos por la entrada en vigor de una gran número de normas, tanto nacionales, como internacionales que requieren el establecimiento en las compañías de políticas internas y sistemas de evaluación del cumplimiento normativo orientadas al riesgo, lo que necesariamente requiere la modernización de los sistemas de cumplimiento normativo y la conceptualización de los servicios de asesoramiento jurídico, en tanto que deben ser prestados atendiendo al riesgo y al coste-beneficio asociado al incumplimiento de cada obligación legal.



El papel de los asesores jurídicos y abogados, internos y externos, en este proceso de cambio del que estamos siendo partícipes, se torna en crucial para lograr que nuestra labor sea vista

por parte de los consejos e inversores como un servicio esencial que aporta un valor claro a la organización, con un retorno de la inversión, claramente definido y cuantificable. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- LÓPEZ MUÑOZ, MARÍA. *Implicaciones en materia de protección de datos de carácter personal en fusiones frías*. Economist & Jurist N° 149. Abril 2011. (www.economistjurist.es)
- BELLIDO MENGUAL, MANUEL. *Medios jurídicos para asegurar el riesgo del impago en el comercio internacional*. Economist & Jurist N° 152 Julio-agosto 2011. (www.economistjurist.es)
- GÓMEZ MARÍN, VICTOR. *La futura responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿servirá para colmar lagunas de punibilidad?* Economist & Jurist N° 140. Mayo 2010. (www.economistjurist.es)

GALLARDÓN ADELANTA EN ISDE EL CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

El Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE), junto con el ministerio de Justicia organizó unas jornadas sobre “Violencias sociales y grupos de odio”. Dichas jornadas fueron inauguradas por el ministro de Justicia, Excmo. Sr. D. Alberto Ruiz Gallardón y el presidente del Grupo Difusión, Ilmo. Sr. D. Alejandro Pintó Sala, junto con el director del Centro de Estudios Jurídicos, D. Antonio Zárate Conde.

Durante la inauguración, el ministro de justicia, adelantó el contenido de la reforma del Código Penal, destacando la introducción en el mismo, de la prisión permanente revisable, así como el incremento de penas en determinados supuestos, la ampliación de los supuestos delictivos o la tipificación de las acciones que lesionen la

dignidad de las personas, mediante humillación o desprecio, incluyendo como novedad el “odio ideológico”.



*D. Alejandro Pintó Sala, D. Alberto Ruíz Gallardón
y D. Antonio Zárate Conde*

ORIOI RUSCA NADAL NUEVO DECANO DEL ICAB

El pasado 11 de julio, Oriol Rusca Nadal, tomó posesión como nuevo decano de la institución colegial, tras ganar las elecciones celebradas el 27 de junio en el ICAB para renovar los cargos de decano, vicedecano, secretario y diez diputados. Con un total de 2.795 votos Oriol Rusca Nadal se convirtió en el nuevo decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.



D. Oriol Rusca Nadal

EL CATEDRÁTICO ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD BÚLGARA DE PLOVDIV “PAISII HILENDARSKI”



D. Antonio Fernández de Buján

Antonio Fernández de Buján es Catedrático de Derecho Romano en la Universidad Autónoma de Madrid, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde el 4 de febrero de 2013 y miembro del Consejo Asesor de la revista jurídica *Economist & Jurist*.

SE APRUEBA EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL LIBRO V DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS Y LAS CONTRADICCIONES SOBRE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Esta nueva regulación prevé, entre otras medidas, la supresión de la primera y segunda convocatoria de la Junta; la incorporación de las nuevas tecnologías para la realización de las notificaciones y requerimientos; la simplificación de las mejoras exigidas para la adopción de acuerdos; la resolución extrajudicial de conflictos por medio del arbitraje; y la instauración de un único régimen para los elementos comunes, eliminando la distinción entre elementos comunes de uso restringido y elementos comunes de uso exclusivo.

DEPASQUAL&MARZO ABRE UNA OFICINA EN MARRUECOS

El despacho de abogados DePasqual&Marzo, con más de 40 años de historia, ha abierto una oficina propia en el centro financiero de Casablanca con el objetivo de convertirse en el referente de las pymes españolas que quieren invertir en Marruecos. Con esta apuesta, DePasqual&Marzo se convierte en la única firma mediana española presente en la zona, que cuenta con un equipo local conocedor en profundidad de la realidad jurídica y el tejido empresarial del país.

Sebastián de Pasqual Grifé es el máximo responsable de la oficina de Casablanca.



D. Sebastián de Pasqual Grifé, D. Bruno Mateu, D. Jorge Lasheras, D.ª Rosario Marzo, D. Rafael Gómez de la Serna y D. Alejandro Tintoré

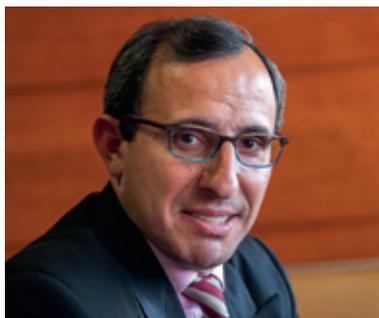
JUAN SERRADA, REELEGIDO PRESIDENTE DE CIMA, CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE



D. Juan Serrada

Juan Serrada, Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) desde 2009, ha sido reelegido por unanimidad por cuatro años más, según acordó la Asamblea General Extraordinaria de este organismo. CIMA es una Corte de arbitraje que ofrece el servicio de resolución arbitral de controversias en materia civil y mercantil.

MONTERO - ARAMBURU INCORPORA COMO CONSEJERO AL PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA



D. Pablo Martínez-Gijón Machuca

La firma Montero Aramburu Abogados ha incorporado como Consejero a Pablo Martínez-Gijón Machuca, actualmente Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA NOMBRA A ANTONIO BAENA NUEVO DIRECTOR DE LA OFICINA DE LONDRES



D. Antonio Baena

Cuatrecasas, Gonçalves Pereira ha nombrado al socio Antonio Baena como nuevo director de la oficina de Londres. Tras desarrollar su carrera profesional en Corporate Madrid, Baena toma las riendas de la oficina de la City, acompañado del asociado Ignacio Buil, que hasta ahora desarrollaba su labor en el área Mercantil Financiero en Madrid. De este modo, Baena releva al socio Iñigo Rubio, director de la oficina londinense desde 2010.

IÑIGO SAGARDOY, POR SEGUNDO AÑO CONSECUTIVO EN EL 'TOP 10 DE LOS MEJORES ABOGADOS DEL WHO'S WHO LEGAL 2013'

El presidente de Sagardoy Abogados vuelve a ser reconocido como el mejor abogado laborista de España en The International Who's Who of Management Labour & Employment Lawyers 2013.

NOVEDADES EDITORIALES

ENTRE LA ESFERA PÚBLICA Y LA POLÍTICA DISCURSIVA. LAS CATEGORÍAS CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DE LA SOCIEDAD DE J. HABERMAS

José María Carabante Muntada
Ed. Difusión Jurídica
Páginas 200

Jürgen Habermas es uno de los filósofos vivos más importantes y de mayor repercusión de la actualidad. Heredero de la Escuela de Frankfurt, su obra sintetiza las grandes corrientes filosóficas y sociológicas del siglo XX, desde la fenomenología hasta la hermenéutica y el psicoanálisis. Todo ello, junto con su incursión en diversas disciplinas científicas y la complejidad de su teoría, hacen que sea necesario una introducción a su pensamiento que, con seriedad y rigor, lo haga más asequible. Entre la esfera pública y la política discursiva ofrece, en este sentido, un repaso sistemático por las grandes categorías conceptuales de la Teoría de la Sociedad habermasiana, partiendo de sus primeras inquietudes sobre la relevancia de la esfera pública hasta llegar a su teoría deliberativa de la Ética, el Derecho y la Política, centrándose sobre todo en su propuesta de racionalidad discursiva.



CODITIC. EL CÓDIGO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LA ERA DIGITAL

Carmen Balagué
Ed. Difusión Jurídica
Páginas 1.189

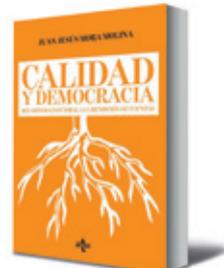
Este Código pretende ser un repositorium, un lugar donde se almacenan normas relevantes que pertenecen a materias entrelazadas entre sí. Un fuero donde hallar legislación diversa con indudables puntos de conexión. Un producto desde luego no pensado para los bartulistas “barra” coleccionistas de códigos.



MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL, FAMILIAR, PENAL E HIPOTECARIO. CUESTIONES DE ACTUALIDAD

Alfonso Ortega Giménez y
María Elena Cobas Cobiella
Ed. Difusión Jurídica
Páginas 350

La Mediación es un instrumento más, dentro de la modernización de la justicia, que ha ganado en esta última década, muchos adeptos, estudiosos y ha alcanzado un papel preponderante tanto nacional como internacional, quizás porque su alcance puede llegar a diversos ámbitos social, familiar, penal, internacional, hipotecario y civil.



CALIDAD Y DEMOCRACIA DEL SISTEMA ELECTORAL A LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Juan Jesús Mora Molina
Ed. Tecnos
Páginas 168

Una democracia electoral de calidad es mucho más que un procedimiento electoral y observar las normas promulgadas de Derecho electoral en todas sus facetas. Las actuales circunstancias demandan profundizar en nuestro sistema democrático, de modo que mejore en su calidad. Ya no vale la urgente aspiración a la democracia, sino que hay que avanzar hacia la “buena democracia”.



REFORMA LABORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA: LA INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

Juan Gorelli Hernández
Ed. Tecnos
Páginas 328

Este volumen es el segundo, resultado de un importante esfuerzo de análisis de la situación actual de la negociación colectiva. Llega el momento de enfrentarse a la realidad fáctica, en este caso, centrándonos en la negociación colectiva andaluza.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS
www.libros24h.com

LIBROS24h.com
WWW.LIBROS24H.COM

AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS

SUMARIO

- Peritos
- Procuradores
- Otros

Periciales Económico-Financieras, Auditorías



- Auditoría en su amplio espectro
- Peritajes judiciales e informes relacionados con la auditoría o con la revisión contable
- Ayuda para cualquier tipo de documentación o información legal
- Análisis de la viabilidad de una compañía.
- Due diligence, estudios de viabilidad en procesos para la compra-venta de empresas
- Consultoría fiscal contable y estratégica
- Implantación de métodos de protección de datos

BALMES, 262 1-1
08006 BARCELONA
euroaudit@euroaudit.es
www.euroaudit.es
Tl. 93 2171999 Fx. 93 2188858

Perito Judicial



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE PERITOS
TASADORES JUDICIALES

PERITO JUDICIAL Y CASO RESUELTO

Contacto:

914 029 660
629 446 138

24 horas

C/ General Pardiñas, 96 – 28006 Madrid

Perito Judicial

LUIS SAAVEDRA DEL RÍO

PERITO CALÍGRAFO-BIÓLOGO COLEGIADO

27 AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN JUZGADOS
RATIFICACIÓN DE INFORMES
ÁMBITO DE ACTUACIÓN ESTATAL

**PERICIA CALIGRÁFICA-
GRAFOLOGÍA**
- AUMENTACIÓN Y
FALSIEDAD DE FIRMAS
- TESTAMENTOS
- OLÓGRAFOS
- ALTERACIONES
DOCUMENTALES

ESPECIALIDAD BIOLÓGICA
- PERITACIONES MEDIO
AMBIENTALES
- ESPECIES PROTEGIDAS
- ESTUDIO Y ANÁLISIS DE
PLAGAS
- CALIDAD ALIMENTARIA
- CLASIFICACIÓN DE
RESTOS DE ORIGEN
ANIMAL

TEL.: 608 72 31 59 - 91 512 00 35
FAX: 91 518 52 03
www.peritacionescaligraficas.com
www.gabineteperial.net/luisaavedra
E-mail: saavedradelrio_luis@hotmail.com

Peritaciones Judiciales

GABINETE DE FORMACIÓN, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN SALMANTINO S.L.

Ángel Merchán González

- Peritaciones caligráficas
- Peritaciones Psicografológicas
- Peritaciones en prevención de riesgos laborales
- Dictámenes periciales en seguridad en el producto
- Organización seminarios para colegios profesionales

Trabajos en todo el territorio nacional

Calle Asturias, 5-7 bajo
Tel.: 92 328 14 16 – 647 53 23 20
www.peritosgafinsa.com
angelmerchan@peritosgafinsa.com

Actuarios de Seguros



Valoraciones Periciales
compromisos por pensiones,
lucros cesantes y negligencias.

Vía judicial y extrajudicial
Informes emitidos por profesionales
colegiados del I.A.E. expertos en
cuantificar indemnizaciones.

Consultenos sin compromiso
c/ Albadalejo 2, 1º - 28037 Madrid
Tel: 91 183 37 56 - gaprevigalia@gaprevigalia.com

Perito Informático

Víctor Ruiz Píera

Ingeniero en Informática por la UPV
CISA, Auditor Certificado de Sistemas de
Información Colegiado nº 280 del COICV,
miembro del turno de peritos
Miembro de ISACA Valencia

- Dictámenes periciales informáticos
- Auditoría/Consultoría de Sistemas de Información
- Desarrollo de software a medida

Tel. 606 422 439
victor.ruiz@coicv.org
C/ San Miguel, 69. Pego 03780 (Alicante)

COBERTURA A NIVEL NACIONAL

Peritos Economistas

Grossman

Economía forense, auditoría & arbitraje

- Apoyo al abogado en la preparación y seguimiento de demandas y querellas.
- Administradores judiciales de empresas, negocios y personas físicas.
- Valoración de empresas y negocios.
- Administradores concursales.
- Delito societario.

Socios forenses:
gregorio.mingot@grossman.es - jose.granados@grossman.es
Tel.: 91 526 00 32
Paseo de Extremadura, 254, local 24 - 28011 Madrid
www.grossman.es

Perito Judicial

MIGUEL A. BARRERA SÁNCHEZ

PERITO JUDICIAL
COLEGIADO N° 00444

- ✓ Aire acondicionado y calefacción
- ✓ Climatización de piscinas
- ✓ Frío industrial y calderas
- ✓ Eficiencia energética
- ✓ Instalaciones de fontanería
- ✓ Instalaciones de riesgo frente a la legionella
- ✓ Instalaciones y mantenimiento R.I.T.E.
- ✓ Normativa y Manipulación de Gases Refrigerantes

Calle Bilma, 32. Los Alisios
38111 Santa Cruz de Tenerife
Tel.-Fax.: 922 613 694
Móvil: 680 128 006
mbarrera@peritojudicial.pro

Procurador

M^a Rosario Sánchez Félix

Licenciada en Derecho
Procuradora del Ilustre Colegio de
Procuradores de los tribunales de
Guipuzkoa

Camino de Mundaiz, 8 - 1°
20012 San Sebastián
Tel.: 943 327 618
Fax: 943 327 613
Mov: 640 33 76 00

rosario@sanchezprocuradora.es

Detectives

detectives
pizarro

PEDRO PIZARRO VALLE

38 AÑOS DE EXPERIENCIA PROFESIONAL, LICENCIA DGP N-176

LABORALES: absentismo, bajas fingidas, duplicidad de empleo, etc

MATRIMONIALES: observaciones, factores económicos y humanos.

FINANCIEROS: responsabilidad económica, solvencia fingida,
información previa embargos y ejecutivos.

BUSQUEDA DE PERSONAS

RATIFICACION DE PRUEBAS EN LOS DISTINTOS JUZGADOS

Ámbito de actuación: TODA CLASE DE INVESTIGACIONES Y EXTRANJERO

Consultenos: 91 355 82 14 - 619 42 01 11- 913558214-
913611102

Detectives

Investigaciones
ARA
DETECTIVES PRIVADOS

Lagasca, nº 27. 1º C – 28001 MADRID
Tel.: 91 578 26 84 – 639 17 54 54
Fax: 91 577 78 65

www.investigaciones-ara.com
info@investigaciones-ara.com

Tip 1045