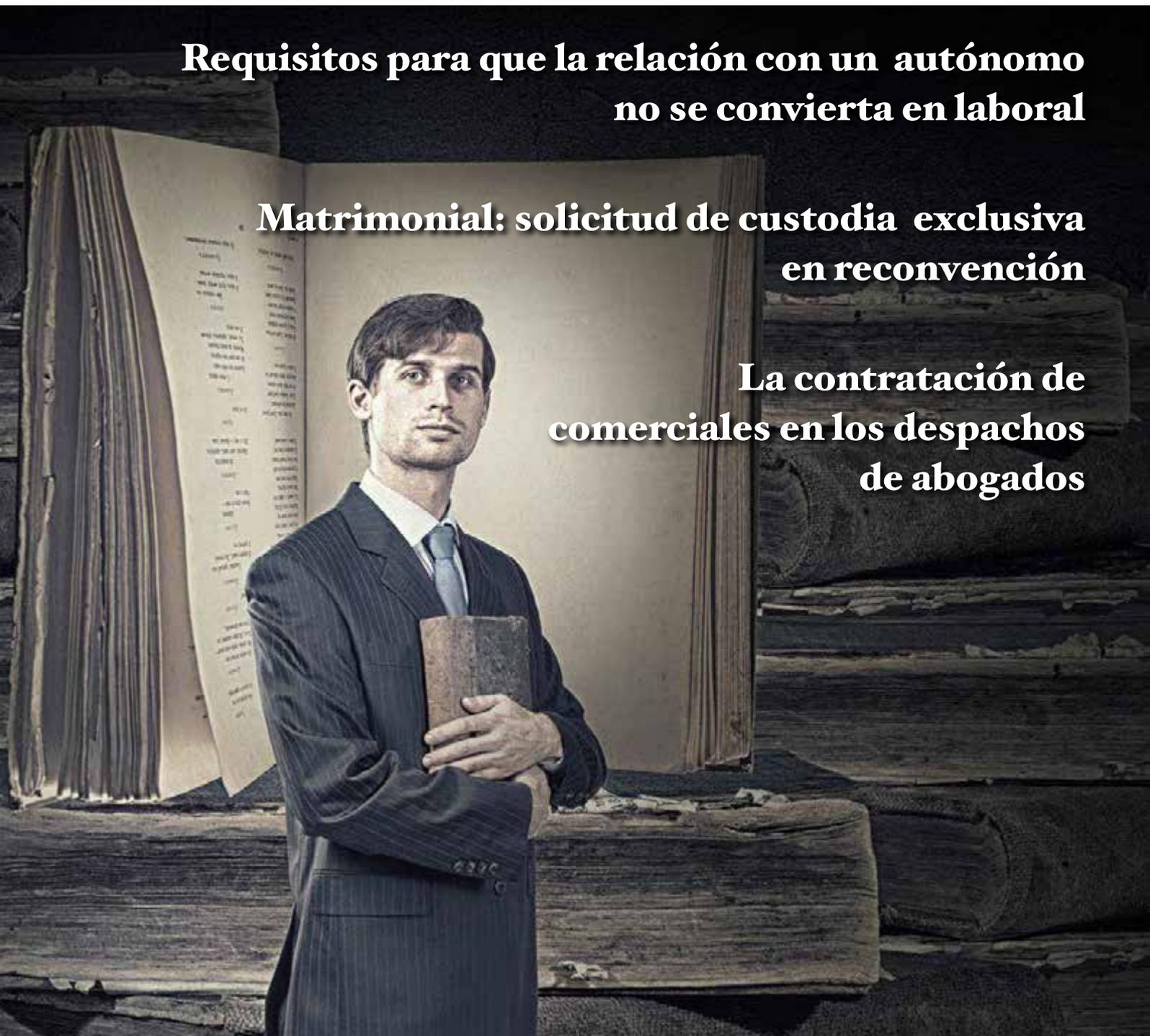


Ejecución de sentencias imposibles: ¿Qué hacemos?

Requisitos para que la relación con un autónomo no se convierta en laboral

Matrimonial: solicitud de custodia exclusiva en reconvencción

La contratación de comerciales en los despachos de abogados



Porque el ISDE es el Centro español con MÁS programas referenciados por el Financial Times



Porque tendrás un GRADO OFICIAL de la Universidad española con más Premios Nóbeles



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

Porque disfrutarás de PRÁCTICAS desde 1º en las firmas más IMPORTANTES



Porque el 100% de los estudiantes del ISDE

¿Por qué quieres estudiar DERECHO con los Nº1?

HAN APROBADO el EXAMEN para ser ABOGADO y han logrado INTEGRARSE EXITOSAMENTE en el mundo LABORAL

Deloitte.

Rödl & Partner

ROCA JUNYENT

BROSETA

SQUIRE
PATTON BOGGS

URÍA MENÉNDEZ

CUATRECASAS.
GONÇALVES PEREIRA

CLIFFORD
CHANCE

Pérez-Llorca

EY Building a better working world

CLYDE & CO

KPMG

**Osborne
Clarke**

...New York

**COLUMBIA
UNIVERSITY**

...London

**UNIVERSITY OF
CAMBRIDGE**

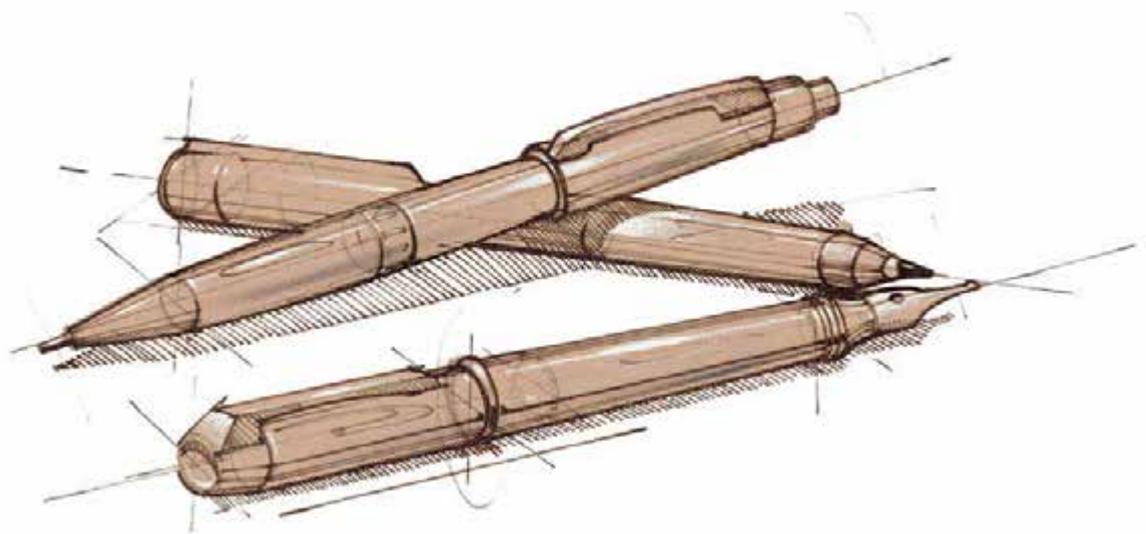
Porque recibirás FORMACIÓN INTERNACIONAL en...

Problemas de juventud

El status de joven aporta a su titular múltiples ventajas en diversas y numerosas facetas de la vida del ser humano. Pero estas ventajas no son absolutas. Así, en el caso de las profesiones jurídicas el ser demasiado joven, en ocasiones, se convierte en una desventaja para el profesional, frente a compañeros de más edad.

Diversos estudios demuestran que la mayoría de los clientes de los abogados se sienten más tranquilos y confiados si les recibe un abogado veterano que si lo hace uno joven. Es curioso, sin embargo, que este criterio mayoritario entre los clientes de la abogacía, no se replica de igual forma entre los clientes de otros profesionales. Donde sí coinciden todos los estudios al respecto, es en afirmar que la mayoría de clientes prefieren que les reciba una pareja, compuesta por un profesional veterano acompañado de uno más joven, frente a cualquier otra opción. Sin embargo, esta última opción mayoritaria no se confirma en ciertos asuntos que afectan a lo más íntimo del ser humano, donde se prefiere la veteranía en soledad que acompañada de juventud.

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.

16 EN PORTADA

¿Qué puedo hacer cuando en el momento de la ejecución de la sentencia ésta deviene imposible? Por Jordi Pujante y Alicia de la Capilla

22 DERECHO CIVIL

La modificación de medidas en caso de separación o divorcio: solicitud de custodia exclusiva en reconvencción. Por Ricardo Emilio Cañizares

DERECHO LABORAL

30 - ¿Hasta cuándo debe calcularse el pago de indemnización por despido? Por Sergio García

38 - Falsos autónomos: ¿Dónde está el límite con la relación laboral?. Por Luis San José

44 - Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario. Por Pompeyo Gabriel Ortega y César Carlos Navarro

56 CASOS PRÁCTICOS

Demanda de despido improcedente y reclamación de cantidad

DERECHO PROCESAL

16 - ¿Qué puedo hacer cuando en el momento de la ejecución de la sentencia ésta deviene imposible? Por Jordi Pujante y Alicia de la Capilla

72 - Actuaciones y plazos procesales básicos para el Administrador Concursal. Por Jordi Albiol y Cristian Valcárcel

DERECHO MERCANTIL

62 - El derecho de información del socio en las sociedades de capital. Por Juan de la Fuente

72 - Actuaciones y plazos procesales básicos para el Administrador Concursal. Por Jordi Albiol y Cristian Valcárcel



16 EN PORTADA

¿Qué puedo hacer cuando en el momento de la ejecución de la sentencia ésta deviene imposible?

La potestad jurisdiccional no sólo implica la actividad de declarar el derecho sino también la material que permita su realización; en otras palabras, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Pese a no ser un escenario demasiado frecuente, puede ocurrir que, tras obtener una sentencia favorable, la ejecución de la misma devenga legal o materialmente imposible.

HABILIDADES ABOGACÍA

- 76 - ¿Qué tengo que hacer para parecer menos joven? Por Juan Carlos Jimenez
82 - La contratación de comerciales en los despachos de abogados. Por Oscar Fernández

92 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

94 NOVEDADES EDITORIALES

96 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: Maite Pérez Marín, María Martín-Viveros García.

Consejo Editorial

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

Consejo Asesor

Miguel Montoro, Joaquín Abril, Esther Ortín, L. Usón-Duch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M^a Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio

Fernández de Buján, J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Alejandro Tintoré, José M^a Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabarri, Xavier O'Callaghan, Carles Basteiro-Bertoli, Javier Gómez Bermúdez, Jorge Navarro, José Ricardo Pardo Gato, Oscar Calderón de Oya, Alfonso Ortega Giménez, Jordi Bacaria y Marta Insúa.

Presidente G. Difusión

Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración

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

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

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

Diseño y Maquetación

Fabio Heredero Barrigón

Exclusiva de publicidad

Comunicación Integral y Marketing para Profesionales
Calle Magallanes nº 25, 28015 Madrid
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021
Exclusividad Cima Barcelona
C/ Modolell, 61 Bajos, 08021 Barcelona
Tel.: 91 57 77 806
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 utilizada para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Economist&Jurist, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 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**
 - Formación del personal de la Administración de Justicia 04
- AL DÍA CIVIL
 - Jurisprudencia**
 - Separación..... 05
 - Comuneros 05
 - Custodia compartida 06
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - Criterios para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios..... 06
- AL DÍA LABORAL
 - Legislación**
 - Programa de recualificación profesional para los parados 07
 - Bases de cotización contratos a tiempo parcial 07
 - Jurisprudencia**
 - Pensión de viudedad..... 08
- AL DÍA MERCANTIL
 - Legislación**
 - Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil 09
 - Modelos de notificación de la información sobre los emisores de valores negociables 09
- AL DÍA PENAL
 - Jurisprudencia**
 - Consentimiento 10
 - Legítima defensa..... 10
 - Tipicidad..... 11
- AL DÍA PROCESAL
 - Legislación**
 - Peritajes en reclamaciones extrajudiciales por accidentes de tráfico 11
 - Modelos de contestación a la demanda en juicios verbales sin intervención preceptiva de abogado y procurador 12
- SUBVENCIONES
 - Estatales**
 - Ayudas al vehículo eficiente pive-7..... 14
 - Autonómicas**

- Personas en situación de riesgo de exclusión social en Cataluña..... 14
- Fomento del trabajo autónomo en Andalucía..... 14
- Fomento del alquiler de viviendas 2013-2016 en La Rioja..... 14

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

SE INCREMENTARÁ LA FORMACIÓN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ADAPTARSE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y A LAS REFORMAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS QUE CON PERIODICIDAD SE PUBLICAN

Resolución de 20 de enero de 2016, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se publica el Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la Administración de Justicia. (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016)

Con este acuerdo se busca garantizar que la Administración de Justicia sea capaz de dar el servicio ágil y de la calidad que esperan los ciudadanos, con los medios precisos a tal fin, conciliando esta premisa con los derechos estatutarios que legítimamente corresponden al personal, conscientes que de este modo se cumplirán los objetivos de mejora y de intensificación de la calidad que, tanto el Ministerio de Justicia como los sindicatos de este sector, tienen marcados.

En este sentido, el Ministerio de Justicia muestra su confianza en el personal al servicio de la Administración de Justicia para afrontar el desafío que supone la implantación de herramientas informáticas y medios electrónicos, seguro de que su continuo compromiso y la participación de los representantes sindicales permi-

NOTA IMPORTANTE



“SE FIJAN LOS PRECIOS PÚBLICOS DE LOS PERITAJES DE LOS MÉDICOS FORENSES SOLICITADOS POR PARTICULARES EN RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES POR ACCIDENTES DE TRÁFICO”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL PÁG. 12

tirá superar cuantos inconvenientes y ajustes sea necesario afrontar en este proceso de modernización.

AL DÍA CIVIL Jurisprudencia

SEPARACIÓN ES VÁLIDO EL DOCUMENTO PRIVADO QUE REGULA LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL Y EL REPARTO DE BIENES, INCLUSO PRIVATIVOS

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 19-10-2015

El matrimonio aunque tenían capitulaciones matrimoniales de separación de bienes, acuerdan en documento privado el reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

La pretensión de la demanda es que se declare que pertenece al actor el pleno dominio del bien litigioso, conforme a la “transmisión” realizada mediante el documento privado y la parte demandada excepcionó sobre la validez del convenio invocando la existencia de coacciones en la firma del mismo.

El Tribunal de instancia motiva en el sentido de que el controvertido documento no pretendía realizar una liquidación de la sociedad de gananciales, la intención patente de las partes fue, a causa de su decisión de separarse de hecho, distribuir entre ellas determinados bienes adquiridos por ellos constante el vínculo matri-

monial pero con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales.

En los motivos de casación se alega infracción de los artículos 1324 y 1437 del Código Civil y que la confesión por sí sola no constituye prueba absoluta, puesto que no es un negocio traslativo del dominio sino un medio de prueba y debe valorarse con el resto de las pruebas aportadas al procedimiento.

El Supremo concluye que ha de atribuirse al documento privado plena validez y eficacia entre las partes que lo suscribieron.

Y por tanto, como repiten en sentencias posteriores, **los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez** (STS de 17 de octubre de 2007).

Puede leer el texto completo en **www.ksp.es Marginal: 69456992**

COMUNEROS EN UNA VIVIENDA COMÚN SE ADMITE EL USO POR TURNOS CUANDO SEA IMPOSIBLE EL USO COMPARTIDO

El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el uso de los comuneros de una vivienda común, admitiendo, la ocupación por turnos de la misma cuando no sea posible el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste.

Es un hecho habitual que se produce cuando en una herencia no se ha dividido aún la propiedad, instituyéndose una comunidad de bienes, y los coherederos precisan establecer una fórmula justa que permita disfrutar el bien común, de manera que no perjudique el interés de ninguno de ellos.

La jurisprudencia había precisado hasta el momento que, conforme a las normas de la comunidad de bienes, la utilización de la vivienda común por uno solo, excluyendo el goce o uso de los demás, es ilegítima.

El Supremo declara como doctrina lo siguiente: **“la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste”**.

Puede leer el texto completo en www.ksp.es Marginal: 69477238

CUSTODIA COMPARTIDA ES INCOMPATIBLE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON LA CONDENA DE UNO DE LOS CÓNYUGES POR DELITO DE AMENAZAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 04-02-2016

El Tribunal Supremo estima el recurso de una madre contra la decisión de la Audiencia de Vizcaya de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la pareja.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado sentencia, por la que estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que estimaba un recurso de apelación y acordaba la custodia compartida de dos menores, nacidos en 2008 y 2010.

Debe recordarse que constituye premisa necesaria para acordar el régimen de guarda y custodia compartida que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es que **una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos**, razones que justifican el mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado de primera instancia en favor de la madre, dejándose a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

Puede leer el texto completo en www.ksp.es Marginal: 69477643

AL DÍA FISCAL **Legislación**

SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS PARA LA CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios. (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2016)

La presente resolución tiene por **objeto desarrollar los criterios sobre contabilización del gasto por impuesto sobre beneficios regulados en el Plan General de Contabilidad, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas**.

En consecuencia, esta resolución es de aplicación obligatoria para todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, que deban aplicar dichas normas, tanto en la formulación de las cuentas anuales individuales como, en su caso, en la elaboración de las cuentas consolidadas.

La resolución se divide en veintidós artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

¡ATENCIÓN!



“SE APRUEBAN LOS MODELOS NORMALIZADOS DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EN JUICIOS VERBALES SIN ABOGADO Y PROCURADOR, Y SE ACTUALIZAN LOS DE DEMANDA Y PETICIÓN INICIAL DEL MONITORIO”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL PÁGS. 12 Y 14

En el artículo 1 se regula el objeto y ámbito de aplicación, y se aclara que la Resolución es un desarrollo del Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias que deben aplicar obligatoriamente todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, tanto en la formulación de las cuentas anuales individuales como, en su caso, en la elaboración de las cuentas consolidadas.

En el artículo 2 se recogen las definiciones en que se sustenta el enfoque de balance. A tal efecto, se diferencia entre gasto/ingreso por impuesto corriente (cantidad a pagar a la Hacienda Pública en cada ejercicio, del que formarán parte las diferencias permanentes del PGC 90) y el gasto/ingreso por impuesto diferido. El gasto o ingreso total por impuesto sobre beneficios será la suma algebraica de ambos conceptos, que sin embargo deben cuantificarse de forma separada.

La presente resolución entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y será de aplicación a las cuentas anuales de los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2015.

AL DÍA LABORAL

Legislación

APROBADA NUEVA PRÓRROGA HASTA EL 15 DE AGOSTO DE 2016 DEL PROGRAMA DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL PARA LOS PARADOS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Resolución de 9 de febrero de 2016, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en

el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. (BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2016)

El Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, en su disposición adicional segunda, establece la prórroga automática de la vigencia de dicho programa, por periodos sucesivos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20 por ciento según la última Encuesta de Población Activa publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga.

La tasa de desempleo publicada en la Encuesta de Población Activa del cuarto cuatrimestre de 2015 ha sido del 20,90 por ciento, es decir superior al 20 por ciento, por ello, en aplicación del citado Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, queda prorrogada por seis meses más la vigencia del mencionado programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

SE ADAPTAN LAS BASES DE COTIZACIÓN ESTABLECIDAS CON CARÁCTER GENERAL A LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2016)

El artículo 115 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año

2016, establece las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, cese de actividad de los trabajadores autónomos, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2016, facultando en su apartado diecisiete a la Ministra de Empleo y Seguridad Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

A dicha finalidad responde esta orden, mediante la cual se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2016. A través de ella no sólo se reproducen las bases y tipos de cotización reflejados en el texto legal citado, sino que, en desarrollo de las facultades atribuidas por el artículo 148 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

A su vez, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2015, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el período de observación, para el cálculo del

incentivo previsto en el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

Jurisprudencia

PENSIÓN DE VIUDEDAD SE RECONOCE EL DERECHO A PERCIBIR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE UN HOMBRE ABSUELTO DE MALTRATO TRAS LA SEPARACIÓN

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 20-01-2016

La Sala de lo Social dice que, en supuestos anteriores a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, la existencia de denuncias es un “serio indicio” de que había violencia.

El Tribunal Supremo ha concedido la pensión de viudedad por violencia de género a una mujer cuyo marido fue absuelto de esta acusación. El artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social permite reconocer pensión de viudedad a la víctima de violencia de género que se separó o divorció mediando esa circunstancia.

La Sala de lo Social del Supremo establece en una sentencia que en supuestos de separación o divorcio anteriores a la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral frente a la Violencia de Género, “la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, aunque añade que **“sin que ello suponga que estamos ante un medio de prueba plena sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido”**.

De acuerdo a esa doctrina, el alto tribunal estima el recurso de una mujer a quien reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad de un hombre del que se separó cuando era víctima de maltrato por su parte, condenando al Instituto Social de la Marina -que gestiona la Seguridad Social de los trabajadores del mar- al abono de la misma.

El Supremo señala que, en la realidad social de 1995, cuando se planteó la primera denuncia por maltrato, las manifestaciones de la demandante constituían un importante indicio de que estaba siendo violentada por

NOTA IMPORTANTE



“SE DESARROLLAN LAS NORMAS DE REGISTRO, VALORACIÓN Y ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES PARA LA CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA FISCAL PÁG. 6

su esposo. Por ello, anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que denegó la pensión, y confirma la del Juzgado de lo Social número 4 de Pontevedra, que declaró el derecho de la mujer a percibirla.

AL DÍA MERCANTIL

Legislación

LOS AUDITORES DESIGNADOS POR EL REGISTRO MERCANTIL TENDRÁN 5 DÍAS PARA ACEPTAR EL CARGO DESDE SU NOTIFICACIÓN

Instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas. (BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2016)

La obligación de someter las cuentas sociales a auditoría contable fue introducida en nuestro ordenamiento, prescindiendo de otros antecedentes, por la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que incorporó a nuestro ordenamiento la VIII Directiva del Consejo (84/253/CEE) en materia de sociedades. La regulación se completó mediante la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 que llevó a cabo la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea. El Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, introdujo por primera vez normas de procedimiento registral relativas al nombramiento e inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor.

Las distintas modificaciones llevadas a cabo en sede de auditoría de cuentas y de régimen de sociedades de capital no han tenido un reflejo en la regulación re-

glamentaria que en su regulación actual, Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, es sustancialmente idéntica a la anterior.

La reciente aprobación de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas hace necesario dictar la presente instrucción, a la espera de un nuevo Reglamento del Registro Mercantil, con el objeto de dictar instrucciones para que los registradores mercantiles dispongan de pautas de actuación ante distintas situaciones provocadas por las sucesivas reformas o introducidas por la nueva legislación de auditoría.

SE APRUEBAN 6 MODELOS DE NOTIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE LOS EMISORES DE VALORES NEGOCIABLES EN UN MERCADO SECUNDARIO OFICIAL

Circular 8/2015, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los consejeros y directivos y sus vínculos estrechos, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y otros modelos. (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2016)

La presente Circular tiene por objeto adaptar los modelos de notificación de derechos de voto incluidos hasta ahora en la Circular 2/2007, de 19 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los consejeros y directivos, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y otros modelos, a las nuevas obligaciones de comunicación establecidas en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, en la redacción dada por el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen ju-

rídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

El nuevo modelo correspondiente a la notificación que deben realizar los partícipes significativos de las sociedades cotizadas se ha adaptado teniendo en cuenta el nuevo modelo de notificación de accionistas significativos publicado por ESMA (ESMA/2015/1597), el 22 de octubre de 2015, con el objetivo principal de alcanzar un mayor grado de convergencia y armonización en lo relativo a la información que los accionistas deben suministrar, así como facilitar a los inversores, con independencia del país de la Unión Europea en donde invierten, la cumplimentación de sus obligaciones de notificación.

Se clarifican las obligaciones de notificación de los consejeros y de sus vínculos estrechos de manera que, a partir de la entrada en vigor de esta Circular, los consejeros deberán notificar, a través del Modelo II, todas las operaciones realizadas, como venían haciendo hasta ahora; mientras que aquellas operaciones realizadas por vínculos estrechos del consejero, cuyos derechos de voto no se pueden asignar al consejero, deberán ser notificadas por el propio vínculo estrecho a través del nuevo Modelo III.

AL DIA PENAL Jurisprudencia

CONSENTIMIENTO UN MÉDICO NO PUEDE CONSULTAR LOS HISTORIALES MÉDICOS DE SU EXPAREJA NI DE SUS FAMILIARES SIN AUTORIZACIÓN

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 03-02-2016

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha confirmado la condena de tres años y tres meses de prisión a un médico ejerciente en Menorca por delito continuado de descubrimiento de secretos, ya que sin autorización ni consentimiento accedió vía informática al historial clínico de su excompañera sentimental, y la hija, hermana y marido de dicha persona.

El hombre accedió a las bases de datos “*con interés en acosar a la perjudicada, con la que el acusado había roto una relación, de manera que se expresa en el relato fáctico que la relación era ‘tormentosa’*”.

El alto tribunal anula la condena por falta de injurias leves, ya que estaba prescrita, y mantiene la condena por descubrimiento de secretos, que incluye, además de la pena de prisión, una multa de 6.000 euros. Además, el médico deberá indemnizar a la mujer, enfermera en el mismo centro que él cuando sucedieron los hechos, con 6.000 euros, y a la Comunidad balear con 2.358.

El Supremo destaca que el hombre accedió a las bases de datos “con interés en acosar a la perjudicada, con la que el acusado había roto una relación, de manera que se expresa en el relato fáctico que la relación era ‘tormentosa’”. Y los accesos a los historiales fueron plurales (más de 200 en total), prolongados en el tiempo (desde diciembre de 2009 a febrero de 2011) y afectaron a la mujer y tres familiares de ella, “*lo que es indicativo de un inusitado interés en la búsqueda de información a la que no podía acceder. Esa reiteración de la conducta supone una agresión continuada en la intimidad de la perjudicada y sus familiares, lo que supone la realización del tipo, un acceso in consentido realizado en perjuicio de la titular que ha visto perjudicado su derecho a la intimidad por la conducta del acusado, que la realiza no de forma casual, ni de forma involuntaria, sino reiterada*”.

Puede leer el texto completo en www.ksp.es **Marginal: 69477162**

LEGITIMA DEFENSA ES DOCTRINA QUE LA LEGÍTIMA DEFENSA ES CAUSA DE JUSTIFICACIÓN REGIDA COMO TAL POR EL PRINCIPIO DEL INTERÉS PREPONDERANTE

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 22-12-2015

La sentencia trata sobre un tiroteo entre dos bandos, compuestos cada uno de ellos por tres personas.

La Audiencia considera que todos ellos son coautores de tres delitos de homicidio intentado, en tanto que los tres disparan frente a los otros tres, siendo acciones idóneas para producir la muerte de los contrarios, pero en función de los diversos resultados lesivos, rebaja en dos grados la penalidad imponible a los de un bando, y uno solo, a los de otro bando.

La coautoría requiere la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase

¡ATENCIÓN!



SE PERMITE LA OCUPACIÓN POR TURNOS DE LA VIVENDA CUANDO NO SEA POSIBLE EL USO SOLIDARIO O COMPARTIDO Y LA COMUNIDAD O ALGÚN COMUNERO ASÍ LO INSTE. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA CIVIL PÁGS. 5 Y 6

ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor.

La finalidad de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, **en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación**, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, **no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor** («animus necandi»), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

Puede leer el texto completo en www.ksp.es **Marginal: 69474161**

TIPICIDAD LA EXTERIORIZACIÓN DEL ODIO COMO SENTIMIENTO INTERNO INTEGRA HECHOS TÍPICOS QUE DEBEN SER SANCIONADOS

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

La sala establece que el “discurso del odio” no está protegido por la libertad de expresión ideológica. Es preciso distinguir, entre el odio como sentimiento interno que queda situado extramuros de la respuesta penal de acuerdo con el principio de que los pensamien-

tos no delinquen, y la exteriorización del mismo que si integra hechos típicos que deben ser sancionados.

En el presente caso se trataba de diversas canciones que se difundieron en internet a través de la red social youtube y que tuvieron una gran difusión, en las que se contenían estrofas claramente laudatorias para condenados por terrorismo o a sus acciones, y, asimismo en clave retórica se citaba a personas u organismos concretos como merecedoras de ser atacadas. Expresiones alusivas a organizaciones terroristas y a alguno de sus miembros en claro apoyo a los mismos y a dichas organizaciones terroristas, ensalzando y alabando sus acciones, justificando su existencia y pidiendo nuevas acciones.

Se ha sobrepasado el límite al derecho a la libertad de opinión y de creación artística, y, en consecuencia, los hechos sí que integran el delito del artículo 578 del Código Penal.

El enaltecimiento de dicho artículo constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

Puede leer el texto completo en www.ksp.es **Marginal: 69480554**

AL DÍA PROCESAL Legislación

SE FIJAN LOS PRECIOS PÚBLICOS DE LOS PERITAJES DE LOS MÉDICOS FORENSES SOLICITADOS POR PARTICULARES EN RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES POR

NOTA IMPORTANTE



LA LEGÍTIMA DEFENSA ES CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y COMPATIBLE CON EL PROPÓSITO DE MATAR AL INJUSTO AGRESOR. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PENAL PÁGS. 10 Y 11

ACCIDENTES DE TRÁFICO

Orden JUS/127/2016, de 8 de febrero, por la que se fijan los precios públicos de las pericias efectuadas por los institutos de medicina legal y ciencias forenses a solicitud de particulares, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor. (BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2016)

Esta reforma prevé la posibilidad de que las partes, perjudicados y entidades aseguradoras, puedan beneficiarse de la calidad, experiencia e imparcialidad pericial que aportan los médicos forenses, como especialistas reconocidos en nuestro sistema judicial, permitiendo su posible participación a través de los Institutos de Medicina legal y Ciencias Forenses cuando, bien de mutuo acuerdo, bien por solicitud del interesado, se considere oportuna su intervención.

En aplicación del artículo 7 del citado texto refundido que **establece que reglamentariamente se deberán precisar las cuestiones relativas al procedimiento de solicitud, emisión, plazo y remisión de entrega del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal correspondiente**, se ha aprobado el Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor.

Por otra parte, la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, permite fijar contraprestaciones pecuniarias por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados.

Dado que las pericias reguladas por el Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, ya mencionado se

ajustan exactamente a estas características, el capítulo III del propio Real Decreto establece un precio público como contraprestación de las mismas.

Por ello, y a tenor de lo establecido en el artículo 26.1 de la citada Ley 8/1989, de 13 de abril, que señala que el establecimiento o modificación de la cuantía de los precios públicos se hará por orden del departamento ministerial del que dependa el órgano que ha de percibirlos y a propuesta de éste, resulta imprescindible la elaboración de una orden que regule el precio público.

SE APRUEBAN LOS MODELOS NORMALIZADOS DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EN JUICIOS VERBALES SIN INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DE ABOGADO Y PROCURADOR

Acuerdo de 22 de diciembre de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueban los modelos normalizados previstos en las leyes de Enjuiciamiento Civil y de Jurisdicción Voluntaria. (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2016)

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha introducido en el artículo 438 de la LEC **la previsión de que existan a disposición de los demandados, en los casos de juicios verbales en los que sea posible actuar sin abogado ni procurador, impresos normalizados para contestar a la demanda**. Dichos impresos deben estar en el Juzgado a disposición de los demandados y en el Decreto de admisión se les debe comunicar esa disponibilidad.

De otra parte, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en su artículo 14.3 dispone que cuando por ley no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador, en la oficina judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado.

SIC TRANSFORMA EN LIQUIDEZ CUALQUIER ACTIVO

SIMPLIFICA LA GESTIÓN DE TUS CONCURSOS.
COMPRAMOS ACTIVOS CONCURSALES DE FORMA GLOBAL.



sic

www.sicconcurasal.es

CENTRAL Y DELEGACIONES

PONTEVEDRA | A CORUÑA | ALBACETE | BARCELONA | BILBAO | CÁCERES | GRANADA | LAS PALMAS
LEÓN | MADRID | MURCIA | SALAMANCA | SANTIAGO | SEVILLA | VALENCIA | VIGO | ZARAGOZA

Manuel Quiroga,17 | 2º | 36002 Pontevedra | t. 900 809 940 | compraactivos@sicconcurasal.es

Del mismo modo, el artículo 141.1, párrafo 2º de esta misma ley, dispone que el solicitante pueda igualmente formular su solicitud de conciliación cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el órgano correspondiente.

Por ello, con independencia de los efectos procesales que deban producir ulteriormente, efectos cuya determinación corresponde a los órganos jurisdiccionales, se estima necesario, a fin de poder dar cumplimiento a lo previsto en los citados preceptos legales, que se aprueben esos modelos normalizados para que puedan ser facilitados por los decanatos, servicios comunes y órganos jurisdiccionales.

En esta misma línea, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia contempla en su artículo 8 el derecho del ciudadano a disponer gratuitamente de los formularios necesarios para el ejercicio de sus derechos ante los Tribunales cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

Con igual finalidad que la que ahora se propone, **por la Instrucción 1/2002 del CGPJ se aprobaron para su publicación en el BOE los modelos normalizados de demanda y petición inicial de procedimientos monitorios, que nacieron con carácter de material informativo y a efectos orientativos y con la previsión de que las Presidencias y Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia dispusieran lo necesario a estos fines, bien directamente o bien, en los casos de Administraciones Públicas con competencias en la materia, a través de los correspondientes órganos de coordinación, en especial en aquellos territorios donde el estatuto de coficialidad lingüística requiera que sean facilitados en versión bilingüe. Y, tras las reformas legislativas últimas se estima necesaria igualmente la actualización de los referidos modelos normalizados mencionados anteriormente.**

SUBVENCIONES

Estatales

SE CONCEDEN SUBVENCIONES AL VEHÍCULO EFICIENTE PIVE-7

Real Decreto 124/2015, de 27 de febrero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del "Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-7)". (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015)

Final de la convocatoria: 2 de abril de 2016

Autonómicas

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

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

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

SE CONVOCAN AYUDAS PARA EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA

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

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

SE APRUEBAN AYUDAS PARA ALQUILER DE VIVIENDA DEL PLAN ESTATAL DE FOMENTO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS 2013-2016 EN LA RIOJA

Orden 3/2014, de 25 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión en la Comunidad Autónoma de La Rioja de las ayudas al alquiler de vivienda del Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016. (Boletín Oficial de La Rioja de 28 de julio de 2014)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de solicitudes será el que se establezca en la Resolución de cada convocatoria

Suba sus documentos a LexNET con los escáneres de Canon y con la solución eCopy PDF PRO

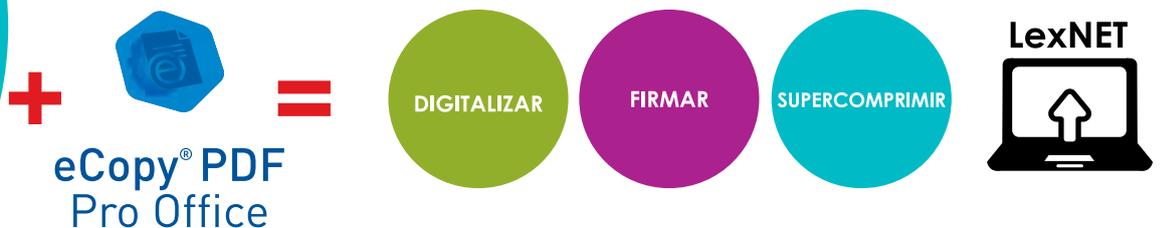


Eva utiliza los escáneres de Canon y aprovecha la licencia de eCopy PDF PRO que incluyen para sus gestiones diarias en LexNET.



DR-C225W

Canon incluye eCopy PDF PRO en sus escáneres*, aportando una solución integral para digitalizar, firmar y supercomprimir sus documentos judiciales.



Solicite más información en su distribuidor Canon



*Los escáneres imageFORMULA que incluyen eCopy PDF Pro de serie son: DR-C225, DR-C225W, DR-C130, DR-C240, DR-M140, DR-M160II, DR-M1060.

© Copyright 2016 Canon, L.P. Reservados todos los derechos. Las únicas garantías de los productos y servicios de Canon son las establecidas en la garantía expresa que se incluye con los mismos. Nada de lo aquí indicado debe interpretarse como una garantía adicional. Canon España S.A. no se responsabiliza de los errores u omisiones de carácter técnico o editorial que puedan existir en este documento. Los datos proporcionados se incorporarán a un fichero titularidad de Canon España S.A. para fines de marketing, ventas y soporte de productos informáticos. Si desea ejercitar sus derechos de acceso, rectificación o cancelación, envíenos un correo electrónico a: cbs_marketing@canon.es.

¿QUÉ PUEDO HACER CUANDO EN EL MOMENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ÉSTA DEVIENE IMPOSIBLE?



Jordi Pujante Mitjavila. Socio del Departamento de Derecho Procesal de Roca Junyent

Alicia de la Capilla Heusch. Abogada del Departamento de Derecho Procesal de Roca Junyent

SUMARIO

1. Introducción
2. Imposibilidad de ejecutar una condena de entregar cosas
3. Imposibilidad de ejecutar una condena de hacer
4. Determinación del equivalente pecuniario y/o liquidación de daños y perjuicios ante la imposibilidad de ejecución “in natura”

La potestad jurisdiccional no sólo implica la actividad de declarar el derecho sino también la material que permita su realización; en otras palabras, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Pese a no ser un escenario demasiado frecuente, puede ocurrir que, tras obtener una sentencia favorable, la ejecución de la misma devenga legal o materialmente imposible.

A continuación analizamos los mecanismos que la Ley pone a disposición de las partes, en concreto del ejecutante, que les permitirán obtener una traducción económica del interés perdido en aquellos supuestos en los que el cumplimiento “in natura” de la sentencia deviene imposible por la aparición de circunstancias sobrevenidas que inciden en la realidad material o jurídica sobre la que el fallo debería desplegar su eficacia jurídica, imposibilidad que, como tal, únicamente surgirá respecto de la ejecución no dineraria.

INTRODUCCIÓN

La LEC no regula de forma específica todos aquellos supuestos en los que surge una imposibilidad sobrevinida de ejecutar la sentencia, razón por la cual deberán aplicarse analógicamente, en la medida de lo posible, aquellos preceptos en los que sí se prevé un trámite determinado, recordando que, en todo caso, la regla general (art. 18.2 LOPJ) será que, **ante la imposibilidad de ejecutar una sentencia en sus propios términos, se sustituirá la condena por su equivalente pecuniario**, pudiéndose interesar además, si se dan los presupuestos sustantivos para ello, una indemnización de daños y perjuicios; liquidaciones ambas que se efectuarán de conformidad con lo dispuesto en los arts. 712 y ss. LEC.

IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA CONDENA DE ENTREGAR COSAS

Condenas a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas (art. 702 LEC)

Cuando la condena tenga por objeto la entrega de bienes genéricos **no cabe hablar de imposibilidad sobrevinida de la ejecución** pues se parte de la idea de que el género nunca perece y, por tanto, será factible

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 701, 702, 703, 704, 706, 708, 709, 710, 712 a 717 y 571 y ss
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Normas básicas. Marginal: 44).Art. 18.2
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1). Art. 117.3
- Código civil. (Normas básicas.Marginal:3716). Art. 1105

obtener los bienes en el mercado, en la misma cantidad y calidad, transformándose la ejecución en pecuniaria, a los efectos de obtener del patrimonio del deudor la suma necesaria para su adquisición. Sin embargo, **puede ocurrir que la adquisición de dichos bienes ya no satisfaga el interés del ejecutante**, debiendo entonces determinarse **“el equivalente**

pecuniario y los **daños y perjuicios** que hubieran podido causarse al ejecutante” (art. 702.2 LEC).

Condenas a la entrega de cosa mueble determinada (art. 701 LEC)

Cuando se trate de una condena a entregar un bien mueble cierto y de-

“Ante la imposibilidad de ejecutar una sentencia en sus propios términos, se sustituirá la condena por su equivalente pecuniario”

“Cuando el incumplimiento no sea susceptible de reiteración, ni tampoco sea posible deshacer lo mal hecho, se procederá el resarcimiento de “los daños y perjuicios” ocasionados al ejecutante”

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 2013, N° Rec. 4311/2011, (Marginal: 69469803)
- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 4 de febrero de 2011, núm. 15/2011, N° Rec. 114/2010 (Marginal: 69469800)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de febrero de 2010, N° Rec. 3656/2008, (Marginal: 69469801)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de julio de 2007, N° Rec. 6317/2004, (Marginal: 69469805)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2003, N° Rec. 2550/2001, (Marginal: 69469809)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 2001, N° Rec. 577/1999, (Marginal: 69469806)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, núm. 587/2001, N° Rec. 1063/1999, (Marginal: 69469807)

terminado, puede surgir la imposibilidad para la entrega, bien por que se desconozca su ubicación o bien, aunque no lo diga el precepto, pertenezca a una persona distinta del ejecutado.

En caso de que la cosa “no pudiese ser habida”, el art. 701.3 LEC dispone que se sustituirá la ejecución específica por una “justa compensación pecuniaria” –siempre que se solicite a instancia del ejecutante y se hayan agotado todos los apremios posibles para la localización y entrega

de la cosa– así como, si procede, una indemnización de daños y perjuicios.

No permite la Ley que el ejecutante pueda solicitar la entrega de cosa distinta, aunque de similares características. Por otro lado, sí parece que podría enervarse el procedimiento sustitutorio a instancia del ejecutante en caso de que, una vez iniciado el mismo, aparezca la cosa mueble y sea posible su entrega.

En el supuesto de que la cosa se halle en poder de un terce-

ro que la ha adquirido de forma irrevocable, ¿podría despacharse ejecución frente a él? La respuesta debe ser negativa, salvo que dicho adquirente solicite su intervención en el procedimiento declarativo de conformidad con el art. 17 LEC. En estos casos –a pesar de que la ley no lo prevea expresamente– entendemos que, por aplicación analógica del art. 701.3 LEC o bien del art. 18.2 LOPJ, procederá la sustitución de la condena específica por la justa compensación pecuniaria; permitiendo en todo caso al ejecutante limitar la ejecución a los daños y perjuicios ocasionados por la transmisión del bien a un tercero con reserva del ejercicio de acciones frente a aquél para recuperar la cosa.

Condenas a la entrega de bienes inmuebles (art. 703 LEC)

También podemos encontrarlos ante supuestos en los que no sea posible la entrega de un bien inmueble, bien por razones físicas (supuestos de destrucción del inmueble a entregar) como jurídicas (por estar en poder de un tercer adquirente “a non dominio”).

Si bien la LEC no contiene previsión alguna al respecto, deberá operar el **cumplimiento por equivalente y, además, la indemnización de daños y perjuicios**; pues éstas son las consecuencias que, para la imposibilidad de entrega de cosa mueble cierta y determinada establece la propia LEC, supuesto perfectamente aplicable analógicamente a la cosa inmueble (Auto núm. 15/2011 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Secc. 4ª) de 4 de febrero).

IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA CONDENAS DE HACER

Condenas de hacer no personalísimo (art. 706 LEC)

Ante la imposibilidad de ejecutar en sus propios términos una condena de hacer no personalísimo –normalmente porque el ejecutado no la realiza en el plazo señalado al efecto–, el art. 706 LEC otorga al ejecutante, y sólo a él, la opción entre **el encargo a un tercero** –opción que desaparece cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, debiendo estar a lo dispuesto en tal caso– o el **“resarcimiento de daños y perjuicios**.

Si el ejecutante optare por la realización de la condena por un tercero, **se valorará su coste por un perito tasador** –embargando los bienes del ejecutado en caso de no afianzar éste el pago– **y designará a un tercero para realizar la prestación debida** en lugar del ejecutado; designación que parece –la Ley es parca al respec-

“El procedimiento para determinar el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria es prácticamente el mismo que cuando se trata de liquidar daños y perjuicios”

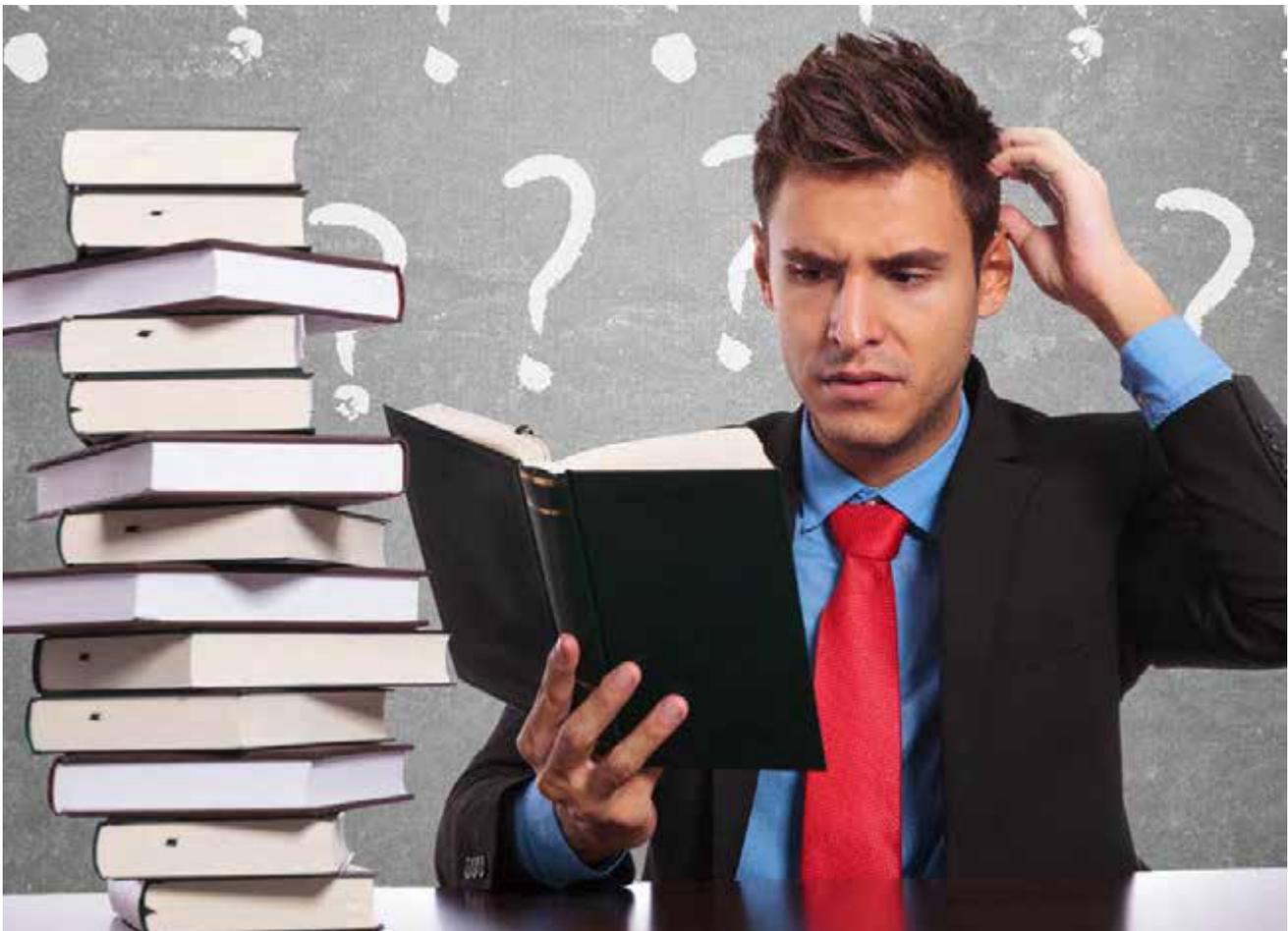
to– dependerá del ejecutante.

En caso de optar el ejecutante por el resarcimiento, éste deberá integrar, por un lado, el **valor puramente indemnizatorio** fruto de la inactividad del deudor o simple imposibilidad y, por otro, el **valor económico de la prestación incumplida**, importe que no compensa una lesión en los derechos del ejecutante sino que sus-

tituye la satisfacción que éste recibiría con el “hacer” objeto de condena.

Condenas de hacer personalísimo (art. 709 LEC)

En el caso de obligaciones de hacer personalísimo, el art. 709.1 LEC permite al ejecutado manifestar al Tribunal los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone; entre



ellos, la imposibilidad de realizar ya la prestación; debiendo ir acompañada tal manifestación de prueba suficiente que lo acredite.

La casuística en este punto es ilimitada. Así, al margen de los sucesos enmarcados en el art. 1.105 CC que hayan destruido el escenario donde debería desarrollarse la actividad objeto de condena, el ejecutado puede alegar, la **imposibilidad material** (sufrimiento de un accidente que le impide ejecutar la prestación –véase una tetraplejia–), o la **jurídica** (haber sido declarado en situación de concurso o incapaz, haber ingresado en prisión, denegación de permisos o licencias pertinentes para desarrollar la actividad contratada, etc.).

Tal imposibilidad, aboca al ejecutante a acudir a alguna de las otras vías posibles, esto es, **obtener el “equivalente pecuniario de la prestación” o interesar la adopción de otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.**

Con respecto a las condenas de hacer personalísimo y no personalísimo en supuestos de conversión de la condena en su equivalente pecuniario debemos manifestar que, mientras en las primeras se habla de “equivalente pecuniario”, en las segundas se refiere a “indemnización de daños y perjuicios”. Ello responde a que, en realidad, en las condenas de hacer personalísimo el “hacer” sigue siendo posible en la mayoría de casos, si bien no puede llevarse a cabo puesto que el ejecutado no quiere realizarlo, y tampoco puede hacerlo un tercero, razón por la cual se habla de “equivalente pecuniario”, a diferencia de las condenas de hacer no personalísimo en las que sólo cuando el “hacer” hubiera devenido imposible de realizar, o al menos a tiempo para satisfacer el interés del acreedor, se solicitará la “indemnización de daños y perjuicios”, la que por supuesto incluirá la valoración del “hacer”.

Condenas a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC)

La emisión de una declaración de voluntad es una obligación de hacer personalísimo, sin embargo, se regula de forma separada por cuanto puede obtenerse el resultado pretendido declarando el Juez producido el efecto o sustituyendo la voluntad del obligado –en cuanto titular de la potestad jurisdiccional–.

Si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio así como cuando la indeterminación afecte a los elementos no esenciales y sea posible integrarlos conforme a lo usual en el mercado y tráfico jurídico, el Tribunal resolverá, por medio de auto, tener por emitida la declaración de voluntad.

Sin embargo, **si los elementos esenciales** del negocio sobre los que deba recaer la declaración de voluntad **no están determinados**, el Juez no podrá suplirla, debiendo en tal caso **resarcirse los daños y perjuicios causados al ejecutante** (art. 708.2 LEC) que incluirá la suma “ad valorem” equivalente económicamente

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO. *Comentarios y Jurisprudencia Ley 1/2000, de 7 de enero*. 1ª Edición. Madrid 2008. Editorial Jurídica SEPIN
- BROCA, G./ MAJADA, A./ CORBAL, J. *Práctica Procesal Civil*. 23ª Edición. Barcelona 2014. Editorial Bosch

Disponible en: www.ksp.es

- IZQUIERDO CARBONERO, FRANCISCO JAVIER. *La ejecución en el proceso laboral*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- HERNÁNDEZ BEZANILLA, ENMA DEL ROSARIO. *La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2008

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MINGO, FERNANDO. *¿Qué debe hacer un abogado que quiere dilatar la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa?* Economist&Jurist Nº 189. Abril 2015. (www.economistjurist.es)

a la prestación “in natura” que debió llevarse a cabo.

Podrían incluirse aquí aquellos supuestos en los que la ejecución de lo previsto en el título exija la obtención de permisos o licencias y ésta sea imposible; o la promesa acordada por un cónyuge cuando el otro no presta su consentimiento al contrato definitivo; así como también aquellos casos en los que la voluntad de las partes plasmada en el precontrato excluya la ejecución específica.

Condenas de no hacer (art. 710 LEC)

La imposibilidad de cumplimiento específico de una sentencia que condena a no hacer algo ocurre **cuando el incumplimiento no sea susceptible de reiteración, ni tampoco sea posible deshacer lo mal hecho (art. 710.2 LEC), en cuyo caso procederá el resarcimiento de “los daños y perjuicios”** ocasionados al ejecutante.

Es posible, no obstante, que el incumplimiento pueda repetirse, pero los incumplimientos no puedan deshacerse (véase la prohibición de fabricar un determinado producto para su venta, pudiéndose repetir el incumplimiento mediante actos sucesivos de fabri-

cación, pero que difícilmente puede deshacerse por estar los artículos en el mercado e incluso vendidos). En tal caso, **se indemnizarán los perjuicios cada vez que se reitere el incumplimiento y podrán iniciar acciones penales por desobediencia** contra el ejecutado si tras el primer requerimiento, el incumplimiento se repite.

DETERMINACIÓN DEL EQUIVALENTE PECUNIARIO Y/O LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN “IN NATURA”

El incidente regulado en los arts. 712 a 717 LEC está al servicio de aquellos supuestos en que la ejecución específica ha devenido imposible, en cuyo caso la ejecución se adecuará a las normas de la ejecución dineraria, previa valoración del importe del equivalente pecuniario y/o de los daños y perjuicios.

Aun cuando la LEC es confusa, pues utiliza indistintamente ambos conceptos, **debe distinguirse entre la indemnización de daños y perjuicios** –la cual procederá si éstos se alegan y prueban debidamente– **y la determinación del equivalente**

pecuniario de la prestación, que procederá a petición del acreedor basando la valoración de la conducta no realizada si ésta ha devenido de imposible ejecución en sus propios términos.

El procedimiento para determinar el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria es prácticamente el mismo que cuando se trata de liquidar daños y perjuicios, el cual dará comienzo a instancia del ejecutante, dándose traslado al ejecutado para que, en el plazo de 10 días, se conforme con la liquidación o se oponga a ella –oposición que no podrá limitarse a negar los hechos, pues ello supondría conformidad con la liquidación–, en cuyo caso se sustanciará conforme a las especialidades el juicio verbal.

Determinado el importe de tal resarcimiento, se procederá contra el patrimonio del deudor en la forma establecida en los arts. 571 y ss. LEC, sin que –consideramos– sea necesario nueva demanda ejecutiva, ni nuevo despacho de ejecución puesto que no ha surgido una nueva obligación sino que, simplemente, se ha dado el cauce procesal expresamente previsto en virtud del derecho de opción que la propia Ley reconoce al ejecutante. ■

CONCLUSIONES

- Queremos terminar poniendo de manifiesto que la actual Ley Procesal otorga una protección más eficaz al titular del derecho reconocido en el título, tratando de impulsar y facilitar, con medidas de ejecución adecuadas, un cumplimiento “in natura” de la condena como forma más completa de aquella tutela
- Sin embargo, ante el indeseado escenario que haga imposible la ejecución del título en sus propios términos y para evitar una total frustración del interés del ejecutante –y, por ende, de la tutela judicial efectiva– se contempla el cumplimiento por equivalente pecuniario –el cual denomina indistintamente y de forma confusa como daños y perjuicios– como un remedio realmente subsidiario ante la imposibilidad de la ejecución en forma específica, que requerirá de la debida acreditación, quebrando así el criterio seguido por la LEC de 1881, en la que la posibilidad de acudir al cumplimiento por sustitución se convertía, a menudo, en una opción del condenado que, a la postre, favorecía los intereses de éste en detrimento de los del acreedor

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: SOLICITUD DE CUSTODIA EXCLUSIVA EN RECONVENCIÓN



Ricardo Emilio Cañizares Aguado. Abogado de la Asociación Española de Abogados de Familia

SUMARIO

1. Introducción
2. Solicitud de custodia exclusiva en reconvencción

Las medidas (entre ellas, la guarda y custodia) o efectos secundarios adoptados en la Sentencia matrimonial, no son inmodificables a perpetuidad. Si cambia la situación que aconsejó la adopción de unas determinadas medidas, éstas deben ser modificadas para adaptarse a la nueva realidad.

Así lo ha previsto el propio legislador al establecer en el art. 90 CC la posibilidad de que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos establecidos para su adopción. El último inciso del art. 91 CC acoge la misma previsión, cuando establece que las medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

INTRODUCCIÓN

Para la sustanciación de los procesos contenciosos de modificación de medidas definitivas, a tenor del 775.2 LEC, se seguirán los trámites

del juicio verbal, con sujeción a lo establecido en los arts. 748 a 755 y a las reglas 1ª a 6ª del art. 770 de la LEC. Se sigue, por tanto, **para la tramitación del proceso de modificación contenciosa de medidas definiti-**

vas el proceso contencioso tipo, sin que exista especialidad alguna para la redacción de la demanda, de la contestación o de la reconvencción.

Cuando un progenitor interponía una demanda de modificación de efectos, en la legislación vigente hasta la reforma introducida por la Ley 15/2005, podía ocurrir que el demandado no se limitara a oponerse a la acción ejercitada, sino que pretendiera a la vez modificar alguna medida. Al no existir trámite de contestación a la demanda por escrito, se planteaba una importante cuestión por cuanto el actor se veía sorprendido en la comparecencia con la reconvencción formulada de contrario, lo que podía causar indefensión.

La modificación operada en el apartado segundo del art. 775 LEC por la Ley 15/2005, remite a las **normas del procedimiento contencioso** de separación o divorcio del art. 770 de la Ley de ritos. Con la remisión al art. 770 LEC y no al art. 771 LEC, se desprende claramente **que ahora cabe la reconvencción al contestar la demanda, y el actor dispondrá de diez días para impugnarla, pero sólo se admite la fundada en los supuestos tasados que son:**

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 406, 748 a 755, 770, 771, 775, 775.2
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (Normas básicas. Marginal: 52082)
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 6928029)

de nulidad pretenda la separación.

d) Cuando el cónyuge deman-

do pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la

“La reconvencción debe admitirse sin limitaciones, sea cual fuere el petitum de la demanda y no impedir al demandado replicar, no sólo rechazando la modificación de medidas propuestas, sino planteando la alteración de otras no contempladas por el actor que no guarden relación de conexión con la temática o medidas propuestas por el demandante”

“Todas las cuestiones referidas en la contestación a la demanda atinentes al régimen de custodia, de visitas, de vivienda y de alimentos del hijo menor, aun sin reconvencción expresa, pueden ser analizadas en el proceso de modificación de medidas”

demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

En el presente artículo se hace hincapié en la recomendación por la formulación expresa, huyendo de la reconvencción implícita, aunque el tema presenta importantes matices en los procesos de familia, dada la amplitud para la resolución de oficio de cuestiones atinentes a menores.

SOLICITUD DE CUSTODIA EXCLUSIVA EN RECONVENCIÓN

De la remisión del art. 775 al 770, y de lo establecido en el apartado 2 d) de este segundo precepto, **se podría entender que la pretensión de solicitar la modificación de cualquier medida referente a los menores con ocasión de haber sido demandado en modificación de medidas, en cuanto que son medidas de ius cogens, respecto de las cuales el juez puede actuar de oficio y no está vinculado por el acuerdo de los cónyuges, nunca necesitaría ser objeto de reconvencción, y bastaría con formularla en la contestación a la demanda.** En cuyo caso, **al introducir cuestiones nuevas, al inicio de la vista y tras hacer el demandado sus alegaciones y aclaraciones o precisiones oportunas, el juez dará la palabra al actor para que pueda contestar a esas nuevas cuestiones, a fin de evitar posibles indefensiones y garantizar la igualdad de armas entre ambas partes.**

Pese a ello, **en la jurisprudencia menor no hay unanimidad** al respecto, habiendo Audiencias que exigen reconvencción y otras no. Así, tenemos:

1º.- No exigen reconvencción expresa: SAP Asturias Sección 1ª, de

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 26 de septiembre de 2014, núm. 251/2014, Nº Rec. 287/2014, (Marginal: 6923796)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28 de julio de 2014, núm. 717/2014, Nº Rec. 1341/2013, (Marginal: 69309801)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 13 de marzo de 2014, núm. 48/2014, Nº Rec. 52/2014, (Marginal: 69477186)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2013, núm. 722/2013, Nº Rec. 157/2012, (Marginal: 2443949)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 22 de octubre de 2013, núm. 274/2013, Nº Rec. 228/2013, (Marginal: 69477187)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 20 de mayo de 2013, núm. 237/2013, Nº Rec. 127/2013, (Marginal: 69477185)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013, núm. 386/2013, Nº Rec. 417/2011, (Marginal: 2427433)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 30 de mayo de 2011, núm. 258/2011, Nº Rec. 479/2010, (Marginal: 2312772)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 9 de diciembre de 2011, núm. 312/2011, Nº Rec. 371/2011, (Marginal: 69477184)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 7 de diciembre de 2011, núm. 251/2011, Nº Rec. 271/2011, (Marginal: 69477182)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 7 de abril de 2008, núm. 318/2008, Nº Rec. 922/2007, (Marginal: 69477188)

26 de septiembre de 2014 (Ponente Guillermo Sacristán Represa); SAP Madrid, Sección 22ª, de 28 de julio de 2014 (Ponente Mª del Pilar González Vicente); SAP Burgos, Sec. 2ª, 274/2013, de 22 de octubre; SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 237/2013, de 20 de mayo, entre otras.

Señalan que el hecho de no haberse dado el trámite de reconvencción a las peticiones realizadas en la contestación a la demanda no determina consecuencia alguna, y ello porque las medidas que se solicitaban como principales no eran “sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio” (con expresión del apartado d) 2ª, del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues hacían referencia a guarda y custodia exclusiva a favor del demandado o, subsidiariamente, compartida.

2º.- Sí exigen reconvencción expresa: SAP León, Sec. 1ª, 48/2014, de 13 de marzo, Ponente Manuel García Prada ; SAP Jaén, de 9 de diciembre

“En los procedimientos de modificación de medidas el juzgador (a diferencia del procedimiento de nulidad, separación o divorcio) no debe pronunciarse de oficio sobre ninguna medida salvo que sea interesada su modificación por alguna de las partes”

de 2011; SAP Guadalajara de 7 de diciembre de 2011 y SAP Alicante de 30 de mayo de 2011; SAP Las Palmas, Sec. 3ª, 218/2008, de 7 de abril, entre otras.

Después de que el art. 775.2 haya remitido el procedimiento de modificación de medidas a los trámites del art. 770, se podría deducir que, al haberse introducido la fase de contestación **escrita, la reconvencción es posible en atención a:**

1º.- El concepto de demanda reconvenccional, como “una demanda que aprovechando la oportunidad del procedimiento pendiente dirigido contra el mismo, formula el demandado, introduciendo una acción nueva en la litis contra el actor, a fin de que sea discutida en el mismo procedimiento y resuelta en la misma sentencia”.

2º.- **El principio de economía procesal, que evitaría tener que acudir a un procedimiento de mo-**



dificación de medidas independiente.

No obstante, y dado el carácter restrictivo con que se regula la demanda reconvenional en los procesos matrimoniales del art. 770 LEC, un sector de la doctrina se inclina por su no admisión. Esta afirmación se basa en que el proceso de modificación de medidas, como su propio nombre indica, tiene por objeto única y exclusivamente la posible modificación de una o varias medidas ya prefijadas. Pero este mecanismo no se puede utilizar para crear nuevas medidas.

En efecto, para esta parte de la doctrina, la remisión literal del art. 775.2 LEC al art. 770 LEC no habilitaría la conformación de supuestos de reconvenión en el procedimiento de modificación de medidas, pues la contemplación del objeto de este último conduce a interpretaciones contextuales basadas en la lógica jurídica.

Por el contrario, también hay doctrina que mantiene que la reconvenión sí es posible en virtud de la norma

remisora. Parte de un entendimiento amplio y flexible, acorde además con la praxis jurisprudencial, para afirmar que carecería de sentido que la nueva norma hubiera venido a limitar el alcance de la reconvenión cuando precisamente ahora hay un reenvío expreso a un procedimiento en que, a diferencia del anterior (art. 771 LEC), sí es posible.

Por todo ello, debe admitirse sin limitaciones, sea cual fuere el petitum de la demanda y no impedir al demandado replicar no sólo rechazando la modificación de medidas propuesta, sino planteando la alteración de otras no contempladas por el actor que no guarden relación de conexión con la temática o medidas propuestas por el demandante.

Van más allá otros autores, al afirmar **que la reconvenión expresa es necesaria en todo caso, incluso tratándose de materia ius cogens, sobre las que debe pronunciarse de oficio el juzgado, siempre que el demandado, además de con-**

testar, pretenda solicitar la modificación de una medida distinta a la solicitada por el actor en su demanda de modificación de medidas. De esta manera, gracias a la reconvenión expresa, se podrá dar un traslado adecuado a la parte actora, ya que no se trata de adoptar unas medidas ex novo, en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, sino de modificar las ya vigentes, lo que supone interponer una demanda tras la contestación a la demanda de modificación de medidas, pues la remisión que hace el art. 775 LEC al art. 770 LEC de la misma ley ritaria se refiere únicamente a la tramitación procesal.

Otro argumento a favor de la necesaria reconvenión es que **en los procedimientos de modificación de medidas el juzgador (a diferencia del procedimiento de nulidad, separación o divorcio) no debe pronunciarse de oficio sobre ninguna medida salvo que sea interesada su modificación por alguna de las partes**, alegando y acreditando la debida modificación sustancial de las circunstancias. De no plantearse me-

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL. *Los menores en el derecho español*. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2002

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ GÁLVEZ, AROA. *Guarda y custodia paterna*. Economist&Jurist Nº 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, FERNANDO L.. *Traslado internacional de menores y derecho de custodia*. Economist&Jurist Nº. 130. Mayo 2009. (www.economistjurist.es)

dante la correspondiente reconven- ción por el demandado la solicitud de modificación de una medida distinta a la interesada por el actor en su deman- da, con el correspondiente traslado a éste, se le estaría causando **indefen- sión a la parte actora** al haberse introducido en el litigio una cuestión litigiosa distinta de la planteada en la demanda.

Por último, señalar un supuesto distinto resuelto por la Sentencia de Pleno del TS de 10 de septiembre de 2012, que dispensa la necesidad de reconven- ción en reclamación de una medida sobre la que el juzgado no debe pronunciarse de oficio, como es la pensión compensatoria, cuando el debate sobre tal medida es introduci- do en el procedimiento por el propio demandante en su demanda, zanjando los pareceres dispares que al respecto mantenía la jurisprudencia menor. Se- ñala la Sala que, en tales supuestos, basta manifestar la medida pretendida de manera expresa en la contestación a la demanda (reconven- ción implíci- ta), al tratarse de una cuestión ya in- troducida en el proceso conforme a la ley.

Dejando al margen los requisitos que atañen a su contenido (*debe tra- tarse de pretensiones que haga el de- mandado distintas a las del actor, y que recaigan sobre cuestiones sobre las que el órgano judicial no deba pronunciarse de oficio*), la reconven- ción en los pro- cesos matrimoniales no exige otro re- quisito formal que su proposición «con la contestación a la demanda». Puesto que la reconven- ción cuenta con una regulación específica en los procesos matrimoniales, valorando la singula- ridad de los mismos, entraría dentro de lo razonable entender que **no son de aplicación a dicho procesos las exigencias formales que el artícu-**

lo 406 LEC impone con carácter general en los procesos ordinarios respecto de la imposibilidad de formu- lar pretensiones reconven- cionales en forma implícita.

Dice el TS que, incluso en la hi- pótesis de entender que la exigencia de reconven- ción explícita a que alu- de el artículo 406 LEC rige también en los procesos matrimoniales, los singulares principios que los inspiran debe llevar al órgano judicial a enten- der que **el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan despro- porcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juz- gar las peticiones implícitas**. Lo razo- nable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconven- cional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandan- te y con ello evitar posibles indefen- siones. Esta interpretación se com- padece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los re- quisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales.

En el mismo sentido las Sentencias del TS de 3 de junio de 2013 y de 15 de noviembre de 2013.

De lo expuesto, cabe entender que **todas las cuestiones referidas en la contestación a la demanda atin- entes al régimen de custodia, de visitas, de vivienda y de alimentos del hijo menor, aun sin reconven- ción expresa, pueden ser analiza- das en el proceso de modificación**

de medidas, pues se refieren a mate- rias sobre las que el Tribunal de fami- lia, y en relación con un menor, deben de pronunciarse imperativamente y con plena flexibilidad probatoria (art. 752 LEC), ya que siempre es priori- tario el «favor filli» y no rige en toda su extensión el principio dispositivo. Sin embargo, debemos enfatizar sobre la **conveniencia de formular recon- vención expresa**, huyendo de la re- conven- ción implícita.

Para resolver adecuadamente los supuestos de reconven- ción implícita, se hace necesario crear un trámite, al inicio del acto de la vista, para que el demandante pueda fijar su posición sobre las pretensiones articulada de contrario, para admitirlas en todo o en parte, o solicitar medidas absoluta- mente dispares.

Insistimos que, en los procesos de modificación de medidas, la remisión al art. 770 LEC debe entenderse refe- rida tan solo al aspecto procedimental y no al posible contenido de fondo de la reconven- ción, cuya regulación está relacionada con el ejercicio de una demanda de nulidad, separación o di- vorcio y no con una modificación de medidas, propugnado en que en estos procesos la reconven- ción se extienda a *“toda pretensión formulada por el de- mandado cuyo objeto sea la modifica- ción del pronunciamiento interesado por el actor e instante de la modifica- ción, pero en sentido distinto al que por aquél se solicita, o la modificación de otro y otros pronunciamientos comple- mentarios...”*¹. Con todo, debe decirse que, *“si se diera el tratamiento de pre- tensión reconven- cional a aquellas peti- ciones de medidas formuladas por el de- mandando y no solicitadas por el actor sobre las que el tribunal pueda pronun- ciarse de oficio, no por ello se incurriría en motivo de nulidad por infracción de*

1 ANDRÉS JOVEN, JOAQUÍN, “Modificación de medidas definitivas”, dentro de la obra colectiva Tratado de Derecho de Familia, SEPIN, Pág. 905.

normas esenciales del procedimiento, ya que en ningún caso se causaría indefensión a ninguna de las partes ²

Sentado lo anterior, cuestión que

merece otro artículo es lo relativo a la **competencia para la modificación de efectos** tras la reforma la reforma del artículo 775 de la LEC contenida en la Ley 42/2015 y que se remite al

“tribunal que acordó las medidas definitivas”. La polémica está servida con la introducción de este inciso que ha entrado en vigor el pasado 7 de octubre de 2015. ■

CONCLUSIONES

- Que la pretensión de solicitar la modificación de cualquier medida referente a los menores con ocasión de haber sido demandado en modificación de medidas, en cuanto que son medidas de ius cogens, respecto de las cuales el juez puede actuar de oficio y no está vinculado por el acuerdo de los cónyuges, nunca necesitaría ser objeto de reconvención, y bastaría con formularla en la contestación a la demanda
- Que al introducir cuestiones nuevas, al inicio de la vista y tras hacer el demandado sus alegaciones y aclaraciones o precisiones oportunas, el juez dará la palabra al actor para que pueda contestar a esas nuevas cuestiones

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

OTROSÍ DIGO: Que **FORMULO DEMANDA RECONVENCIONAL**, basando esta pretensión en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

HECHOS

Primero.—D.^a [.....] y D. [.....] contrajeron matrimonio canónico en [.....] el [.....], encontrándose inscrito en el Registro Civil de esta capital, al tomo [.....], página [.....] según consta en la certificación de matrimonio que como documento número dos se acompaña a la presente.

Segundo.—De la unión conyugal nacieron y viven dos hijos: [.....], el día [.....] encontrándose inscrito en el Registro Civil de [.....] al tomo [.....] página [.....], y [.....], el día [.....], encontrándose inscrita en el mismo Registro al tomo [.....], página [.....]. Se acreditan ambos extremos mediante las certificaciones de nacimiento, que como documento número tres se acompaña a la presente demanda, solicitando en este momento su devolución por ser necesario para otros usos, una vez haya sido testimoniado en autos.

Tercero.— Guarda y custodia de los hijos. Su atribución debe efectuarse a favor de mi representado, habida cuenta que, desde la inicial separación de hecho, ha sido el progenitor que se ha ocupado directamente del cuidado y atención de los hijos.

Se acredita lo anterior con los documentos nº ... a ...

Cuarto.— Régimen de visitas para el progenitor no custodio. No existiendo ningún obstáculo en la relación paterno-filial, procede fijar un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida

² GONZALEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “La modificación de medidas”, dentro de la obra colectiva Los procesos de familia: una visión judicial, COLEX, Pág. 621.

del colegio hasta el lunes a la hora de comienzo de la jornada escolar, y la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, correspondiendo a la madre el primer turno en los años pares y al padre en los impares.

Quinto.— Pensión alimenticia para los hijos. Teniendo en cuenta que el demandado percibe mensualmente [.....] euros, procede fijar una pensión alimenticia para los hijos por importe de [.....] euros. Dicha pensión se seguirá actualizando el día uno de cada año de acuerdo con el IPC de los últimos doce meses que publica el INE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Jurisdicción y competencia.— Los arts. 769 y 770.2ª LEC remiten al Juzgado que conozca de la pretensión principal para resolver también sobre las peticiones incluidas en la reconvencción.

Tramitación.— El art. 770.2 LEC dice que la reconvencción se propone con la contestación a la demanda y de ella se dará traslado al actor para que conteste en diez días. El art. 409 del mismo texto legal afirma que las pretensiones que se deduzcan en la reconvencción se sustanciarán y se resolverán al propio tiempo y en la misma forma que las que sean objeto de demanda principal.

Legitimación.— Está legitimado para formular reconvencción contra el demandante el demandado, y en aplicación del art. 749.2 LEC, al existir hijos menores en el matrimonio, será parte el Ministerio Fiscal.

Postulación.— En atención a lo establecido en el art. 770 LEC en relación con el art. 750 del mismo texto legal, las partes deberán comparecer representadas por procurador y asistidas de letrado.

Acción que se ejercita.— Art. 91 CC.

CONDENA EN COSTAS. El litigante temerario deberá ser condenado en costas por aplicación del principio general contenido en el art. 1902 del CC y en el 394 de la LEC.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito junto con los documentos y copias simples que se acompañan, se sirva admitirlo y, en su virtud, tener por formulada en tiempo y forma reconvencción y, previos los trámites legales incluido el recibimiento a prueba que desde ahora dejo interesado, acordar la modificación de las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos:

a) La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a D.ª [.....] estableciéndose el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la hora de comienzo de la jornada escolar, y la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, correspondiendo a la madre el primer turno en los años pares y al padre en los impares.

b) Fijar en [.....] euros la cantidad que, en concepto de pensión alimenticia para los hijos, D. [.....] deberá entregar mensualmente a D.ª [.....] dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c [.....], cantidad que se actualizará el día uno de cada año de acuerdo con el IPC de los últimos doce meses que publica el INE.

c) Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.

Es justicia que pido en [.....], a [.....].

¿HASTA CUÁNDO DEBE CALCULARSE EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO?



Sergio García Ruiz. Abogado de Sagardoy Abogados

SUMARIO

1. Iniciación del procedimiento en materia de Despido por el trabajador
 2. Sentencia que declara el despido –disciplinario u objetivo- como improcedente. Efectos
 3. Antigüedad que se debe tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente:
 - ¿Hasta la fecha del despido, fecha de la Sentencia que declara la improcedencia o Auto que declara la extinción del contrato de trabajo en supuestos de readmisión irregular?
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015

Existen dos tipos de despidos que un empresario puede efectuar frente a un trabajador, bajo su orden y dirección; el despido disciplinario y el despido objetivo (por causas económicas, productivas, técnicas u organizativas). Cuestión distinta será la calificación que, de esos despidos, pueda efectuar un Juez; procedente, improcedente o nulo, según los casos.

Un trabajador que es despedido por el empresario dispone de 20 días hábiles para interponer demanda ante los Juzgados de lo Social. Antes de acudir a los órganos jurisdiccionales, deberá interponer una Papeleta de Conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (popularmente conocido como SEMAC, SMAC o CMAC

–dependiendo de la Comunidad Autónoma-).

Interpuesta la Papeleta de Conciliación, se suspenderá el plazo de presentación de la demanda ante los Juzgados de lo Social por término de quince días –como máximo- o hasta que tenga lugar el Acto de Conciliación ante dicho Organismo.

Una vez celebrado el Acto de Conciliación, si no hay avenencia o acuerdo entre las partes, se debe presentar la demanda. Presentada ésta, se reparte la demanda al Juzgado que por turno corresponda y se dará al procedimiento un número de autos, fijándose fecha para la celebración del juicio.

La Sentencia que dicte el Juez

de lo Social declarará el despido como procedente, improcedente o nulo.

En caso de declarar el despido procedente; si éste es disciplinario, el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna. Si el despido fue por causas objetivas, el trabajador se tendrá que conformar, inicialmente, con la indemnización percibida en el momento del despido (veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año y con un máximo de doce mensualidades).

En caso de declarar el despido improcedente; en ambos casos (despido disciplinario u objetivo), **el trabajador tendrá derecho a una indemnización que ascenderá a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, y con el límite de veinticuatro mensualidades (art. 56 ET).**

Si el trabajador inició su relación laboral con el empresario antes del “célebre” 12 de febrero de 2012, el período de tiempo que hubiera transcurrido hasta dicha fecha se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, en lugar de los treinta y tres días, instaurados por el **Real Decreto Ley 3/2012,**

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores. (Normas básicas. Marginal: 5556). Arts.; 49.11, 54.1 y 55
- Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (Normas básicas. Marginal: 386493). Arts.; 278, 281.2 b), 299

de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, conocido como la “reforma laboral”.

Si el Juez declara el despido improcedente, la Empresa deberá optar entre las dos consecuen-

cias que impone la Ley:

- Abonar la indemnización y dar por extinguida la relación laboral.
- **Readmitir al trabajador en su mismo puesto de trabajo.** Sólo en este caso, el trabajador tendrá

“El período de tiempo que transcurre entre el despido “ilegítimo” del trabajador y la Sentencia de instancia, debe ser considerado como “tiempo de relación laboral”, por lo que ha de tomarse en consideración para el cálculo de la indemnización por despido improcedente”

“Extinguida la relación laboral se computará “como tiempo de servicio”; es decir, sin una exigencia real de que los servicios se presten por parte del trabajador, suponiendo una ficción”

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2015, núm. 991/2015, N° Rec. 1412/2014, (Marginal: 69469595)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 31 de octubre de 2013, núm. 773/2013, N° Rec. 594/2013, (Marginal: 69477201)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 14 de febrero de 2013, núm. 77/2013, N° Rec. 33/2013, (Marginal: 69477202)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2009, N° Rec. 2761/2008, (Marginal: 343704)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 10 de diciembre de 2008, núm. 714/2008, N° Rec. 685/2008, (Marginal: 1321375)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2004, N° Rec. 4966/2002, (Marginal: 179577)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 2000, N° Rec. 1791/1999, (Marginal: 69477207)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 1996, N° Rec. 741/1996, (Marginal: 69477204)

derecho a percibir los salarios de tramitación, que son los salarios que hubiera percibido en caso de no haber sido despedido (se realiza una “ficción” como si el trabajador hubiera continuado prestando sus servicios en la Empresa); desde la fecha del despido hasta la fecha de la Sentencia.

Cuando un Juez de lo Social dicta Sentencia en materia de Despido declarando la improcedencia del despido, son múltiples las vías que se abren para el trabajador y el empresario; entre otras, la solicitud de ejecución provisional o definitiva (si es firme) de la Sentencia, con la posi-

bilidad de recurrir la Sentencia (mediante Recurso de Suplicación; que se deberá anunciar antes de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la Sentencia, e interponer posteriormente, en un plazo de diez días; una vez es tenido por anunciado el Recurso por el Juzgado) **ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que corresponda** (que podrá confirmar la Sentencia dictada por el Juez de lo Social, desestimando el recurso de la parte que lo haya interpuesto; o revocar ésta; volviendo a calificar el despido como procedente o improcedente, según el caso).

No obstante, y dado que la materia que nos ocupa podría dar –de hecho, así ocurre– para redactar libros o manuales, tesis doctorales o estudios jurídicos completos (y complejos) nos vamos a detener únicamente, y a continuación, (pues es el objeto del presente artículo) en el supuesto que, de forma particular, recoge la reciente **Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015** en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina número 1412/2014.

Vaya por delante que los hechos acontecidos en el iter procedimental analizado por la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recogen un supuesto de hecho muy específico al que la normativa procesal de aplicación no ofrece respuesta en particular. Por tanto, en una interpretación lógica y, por qué no decirlo, bajo mi punto de vista, sensata, de la normativa relativa a la ejecución de sentencias en materia de despido, el Alto Tribunal ha fallado en los términos que a continuación analizaremos por menorizadamente.

El procedimiento surge a raíz de un despido objetivo de un trabajador del sector de la construcción. El Juzgado de lo Social nº 2 de la ciudad de Santander calificó el despido como improcedente en Sentencia de 7 de febrero de 2012 y condenó a la Empresa a que, a su opción, readmitiese al trabajador o abonase la indemnización por despido improcedente (en total, 50.614,20 €), calculados hasta la fecha del despido, que se produjo el día 30 de septiembre de 2011.

La Empresa opta por readmitir al trabajador, con fecha 5 de marzo de 2012 y éste incumple el **requerimiento empresarial de reanudación de los servicios**.

“En caso de readmitir al trabajador en su mismo puesto de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación, que son los salarios que hubiera percibido en caso de no haber sido despedido”

Tras un largo y complejo procedimiento de ejecución (primero provisional, y luego definitiva), éste desemboca en una **Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 31 de octubre de 2013** que fija la indemnización en la misma cantidad

que cifraba la Sentencia que por primera vez declaraba la improcedencia, tomando en consideración la antigüedad del trabajador hasta la fecha del despido (recordemos, 30 de septiembre de 2011).

Ambas partes, trabajador y Empre-

Un correcto dictamen pericial puede decidir el pleito

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



Solicite por correo electrónico un ejemplar totalmente gratuito

sa, recurren ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Casación para Unificación de Doctrina.

La Empresa entiende que se ha vulnerado el **art. 278 LRJS¹**, pues **optó en tiempo y forma por la readmisión del trabajador que éste, voluntariamente, rehusó, por lo que la readmisión debe reputarse como válida, no siendo necesario efectuar un segundo requerimiento al trabajador en el procedimiento de ejecución definitiva.** Aporta como **Sentencia de contraste, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de diciembre de 2008 (rec. 685/08).**

El trabajador, sin embargo, denuncia la infracción del **art. 281.2 b) LRJS²**, y **pretende que la anti-güedad que debe tomarse en consideración para el cálculo de su indemnización**, es desde el inicio de la prestación de servicios hasta la fecha del Auto que declara extinguida la relación laboral por la no readmisión o readmisión irregular, en el procedimiento de ejecución definitiva. Aporta el trabajador, como **Sentencia de contraste, la dictada por el TSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de febrero de 2013 (rec. 77/13).**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de la Empresa y acoge, sólo parcialmente, el recurso planteado por el trabajador.

En la Sentencia de 20 de octubre de 2015, el Alto Tribunal, siguiendo los artículos 49.11, 54.1 y 55 ET, así como el art. 3 del Convenio núm. 158 OIT, recoge, en su **Fundamento de Derecho Sexto 2.c)**, la doctrina pacífica relativa al cálculo de la indemnización por despido que es declarado improcedente, entendiéndose que no se computa el tiempo transcurrido desde el despido hasta la Sentencia que declara la improcedencia del mismo. Entre otras; *SSTS 07/12/90 -ril 520/90-; 21/12/90 -ril 2397/89-, 01/07/96 -rcud 741/94-, y 17/05/00 -rcud 1791/99-.*

La Sala IV razona que el acto del despido extingue la relación laboral, por lo que no es lógico sostener que

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Guía práctica del trabajador autónomo y/o empresario individual*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2015
- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Manual práctico de contratación laboral*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ALGAR, CARMEN. *El trabajador autónomo*. *Economist&Jurist* N° 181. Diciembre - Enero 2010. (www.economistjurist.es)
- *Protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (ley 32/2010, de 5 de agosto)*. *Fiscal-Laboral al Día* N°. 189. Octubre 2010. (www.fiscalaldia.es)

1 Art. 278 LRJS: “Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.”

2 Art. 281.2 b): “Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto.”

durante ese transcurso de tiempo (entre el despido y la Sentencia que declara la improcedencia) haya de computarse la antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización –ni ningún otro-, pues “no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes (STSS 21/10/04 –rcud 4966/02-; y 10/06/09 –rcud 3098/07)”.

Como se puede observar, doctrina más que pacífica y asentada por nuestros Tribunales y Juzgados. No obstante, **dicha doctrina contiene, a juicio de la Sala de lo Social, una excepción** –la que acontece en el supuesto planteado en el procedimiento enjuiciado-, y que detalla de forma muy clara en su **Fundamento de Derecho Séptimo último párrafo**.

En él, nuestro Tribunal Supremo recoge que **si la Sentencia del Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido y la Em-**

presa opta por la readmisión del trabajador, con independencia de la forma regular o no en que ésta se produzca posteriormente, **durante el período de tiempo que transcurre entre el despido “ilegítimo” del trabajador y la Sentencia de instancia, debe ser considerado como “tiempo de relación laboral”, por lo que ha de tomarse en consideración para el cálculo de la indemnización por despido improcedente**, este período de tiempo en que el trabajador debió continuar prestando servicios y no hizo por causa imputable, únicamente, al despido formulado por la Empresa.

No obstante, la Sentencia dictada por el pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo consta del Voto Particular de la Magistrada Excm.a Sra. D^a María Luisa Segoviano.

Según entiende la Magistrada, en opinión discrepante a la de sus homólogos, el **art. 281.2 b) LRJS** no exi-

ge que exista una prestación de servicios por parte del trabajador de forma efectiva, pues el precepto recoge que el período de tiempo que transcurre entre la Sentencia que declara la improcedencia del despido hasta el Auto que declara **extinguida la relación laboral dice, literalmente, que se computará “como tiempo de servicio”**; es decir, **sin una exigencia real de que los servicios se presten por parte del trabajador, suponiendo una ficción**.

Además, analiza la Magistrada el **art. 299 LRJS**³, dentro de la “ejecución provisional” de las Sentencias de despido, el cual recoge que el incumplimiento injustificado por parte del trabajador al requerimiento empresarial de reanudar sus servicios acarreará, únicamente, la pérdida definitiva de los salarios de sustanciación (salarios devengados durante el recurso).

Por este motivo entiende la Sra. Segoviano que, **si la norma no dis-**



3 Art. 299 LRJS: “El incumplimiento injustificado por parte del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios acarreará la pérdida definitiva de los salarios a que se refieren los artículos anteriores.”

ciplina ninguna consecuencia adicional y de forma expresa, al incumplimiento del trabajador, no puede el Juzgador imponer otras consecuencias de forma novedosa y no prevista en la normativa.

Bajo punto de vista, destaco el ra-

zonamiento mayoritario de la Sala, en lugar de la conclusión alcanzada por el voto particular de la Excm. Sra. D^a María Luisa Segoviano, pues como recoge el Pleno, nuestra norma reguladora del procedimiento laboral no estipula cómo determinar el cálculo de la indemnización por despido improcedente en este supuesto de

hecho tan singular, en que el trabajador no atiende el requerimiento empresarial de reincorporación a su puesto de trabajo. Por ello, y aplicando el conocido aforismo romano "*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*", no debiéramos incluir hipótesis en las normas, cuando éstas no las contemplan. ■

CONCLUSIONES

- Si el trabajador desestima el requerimiento de readmisión efectuado por la Empresa, según nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no debe efectuarse el cálculo de su indemnización al alza y computar, como antigüedad, ese período de tiempo que rehusó reincorporarse, como si hubiera permanecido en su puesto de trabajo. Máxime cuando es el propio trabajador, como aquí sucede, quien no quiso reanudar sus servicios

SUSCRÍBASE

Economist & Jurist

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



BOLETÍN ANUAL DE SUSCRIPCIÓN

Economist & Jurist DIGITAL, que incluye

- ■ ■ revista mensual formato digital
- ■ ■ Por tan sólo 99 €/año + IVA (gastos de distribución incluidos)

Por favor, cumplimente los campos o llame al teléfono de atención al cliente 902 438 834

Teléfono: 914 261 784
Fax: 915 784 570
Via email: cartora@difusionjuridica.es

Razón Social _____	NIF _____
Apellidos _____	Nombre _____
Nombre y Apellidos del amigo suscrito a <i>Economist & Jurist</i> _____	
Calle / Plaza _____	Número _____ C.P. _____ Población _____
Provincia _____	Teléfono _____ Móvil _____
e-mail _____	Fax _____
Nº de cuenta _____	Entidad _____ Oficina _____ Control _____ nº de cuenta _____ Firma _____

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

* I.V.A. no incluido.

No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

En 1969 Neil Armstrong cambió
la historia de la humanidad.

Hoy **ARANZADI FUSIÓN**
cambiará la historia de tu despacho de abogados.



BIENVENIDO A ARANZADI FUSIÓN

PUEDES OBSERVAR LA HISTORIA O FORMAR PARTE DE ELLA, **TÚ DECIDES.**

MÁS INFORMACIÓN.

T. 900 40 40 47

masinfo@thomsonreuters.com

www.aranzadi.es/aranzadifusion



THOMSON REUTERS

FALSOS AUTÓNOMOS: ¿DÓNDE ESTÁ EL LÍMITE CON LA RELACIÓN LABORAL?



Luis San José Gras. Socio Área Derecho del Trabajo. AGM Abogados – Barcelona

SUMARIO

1. Características y notas del contrato de trabajo
2. Diferencias entre el contrato mercantil y el contrato de trabajo
3. El falso autónomo

Para adentrarnos en las características del contrato de trabajo, debemos señalar las referencias en nuestra legislación laboral. Así, el art. 1º.1 del vigente Estatuto de los Trabajadores (ET) establece que *“la presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*. También el mismo artículo nos viene a definir la figura de los empresarios, señalando que: *“A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (apartado 1º), así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*. Y en el art. 8.1 del ET establece una presunción *iuris tantum* de laboralidad, señalando que: *“se presumirá existente entre todo el que presta un servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel”*.

CARACTERÍSTICAS Y NOTAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

De la simple lectura tanto del art. 1.1, de su apartado 2 y del art. 8.1 del ET, se pueden extraer las notas carac-

terísticas del contrato de trabajo, es decir, cuándo estamos ante un trabajador, ante una relación laboral, siendo estas: la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia o subordinación, la ajenidad y la remunera-

ción, a las que se añade la continuidad en el tiempo en la prestación de trabajo, aunque hay que matizar que la voluntariedad, personalidad y retribución, son notas comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza

jurídica, siendo las más determinantes y consustanciales a la relación laboral: la ajenidad y la dependencia, que tal y como señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) de 20 de enero de 2015, la cual resume la doctrina emanada de la STS de 23 de noviembre de 2009, dice: “*Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra*”.

Pues bien, esos hechos indiciarios que pueden definir cuando estamos ante una relación laboral o no, la misma sentencia nos señala:

“a) **Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausen-**



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores. (Normas básicas. Marginal: 5556). Art. 1º.1, 8.1, 20.1
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. (Normas básicas. Marginal: 65923). Art. 11.2 b)
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716)

cia de organización empresarial propia del trabajador.

b) **Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario –y no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o**

con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

“La dependencia no exige la presencia física del trabajador en su puesto de trabajo, solo que su trabajo esté bajo la dirección del empresario o persona que haya sido delegada por este”

“Los falsos autónomos son trabajadores que están inscritos en el RETA desarrollando realmente un trabajo asalariado para una única empresa, con obligaciones laborales y organizativas iguales que los trabajadores que prestan sus servicios para esa empresa y con una retribución fija amparada bajo facturas, que principalmente son de la misma cantidad”

c) *En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.*

d) *En las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas”.*

Concluyendo este primer apartado, y centrándonos en las notas determi-

nantes de la ajenidad y la concreta atribución de subordinación o dependencia, podemos señalar que el elemento de ajenidad que distingue el contrato de trabajo se refiere a la cesión por parte del trabajador del resultado del trabajo realizado por éste que es recibido por el empresario. Es decir, el trabajador presta sus servicios para otro —el empresario— a quien pertenecen los frutos del trabajo. O como señala el TS en su sentencia de 29 de octubre de 1990, definiéndolo, en resumen, como la transmisión a un tercero de los frutos o del resultado

del trabajo, ya que es el empresario quien incorpora los frutos al mercado percibiendo por ello directamente los beneficios, y en contraprestación, éste procede a asumir la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios o pérdidas por el trabajo desarrollado por el trabajador, o sea se trata de una ajenidad en los riesgos. Y en cuanto a la dependencia o subordinación, el Estatuto la menciona como prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, es decir, el trabajador que se halla comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empresario por cuenta de quien realice una específica labor. Así, **la dependencia es prestar servicios que en este caso deben de ser laborales, prestados dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, que además los retribuye, logrando que el trabajador se halle comprendido dentro del círculo rector y disciplinario del empresario, sin que comporte con ello que deba de estar sometido a una fijada jornada de trabajo, ni tampoco a un horario fijo, ni tener exclusividad en las tareas a desarrollar. Es decir, la dependencia no exige la**

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2015, Nº Rec. 2415/2013, (Marginal: 6924215)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2014, Nº Rec. 739/2013, (Marginal: 69477179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 2009, Nº Rec. 170/2009, (Marginal: 1784093)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1990, (Marginal: 69477176)

presencia física del trabajador en su puesto de trabajo, solo que su trabajo esté bajo la dirección del empresario o persona que haya sido delegada por este, tal y como señala el art. 20.1 del ET.

Así, tal y como señala la STS de 20 de enero de 2015, la calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO MERCANTIL Y EL CONTRATO DE TRABAJO

Para concretar la línea divisoria, la cual no es nítida, existente entre el contrato de trabajo y otros análogos regulados en la legislación civil o mer-

“Son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes”

cantil (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), debemos de ver los pronunciamientos del TS, que en términos generales establece, que para determinar si una relación *inter partes* tiene o no naturaleza laboral, no depende de cómo la denominen o conciban las partes, sino hay que atenderlo al verdadero contenido obligacional para determinar si estamos o no ante una relación laboral o

mercantil/civil. Pues bien, el TS –Sala de lo Social– en su sentencia de 3 de noviembre de 2014, señala, en resumen que, **en el contrato de arrendamiento de servicios, el esquema de la relación contractual, es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un “precio” o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es**



una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia.

Asimismo también se afirma por el Supremo, que la dependencia y la ajenidad se constituyen, como hemos visto, en los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, siendo la proyección acumulada de indicios de una y otra sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación de laboral o no laboral.

Una vez que tenemos aclarado la diferenciación entre lo laboral y lo no laboral, pasamos a ver la figura que titula este artículo, el falso autónomo.

EL FALSO AUTÓNOMO

No pretendo realizar una pormenorizada descripción de todos y cada uno de los casos que nos podemos encontrar en la vida diaria de falsos autónomos, sino solo poner de manifiesto que, ante los cada vez más frecuentes fenómenos de *outsourcing* y descentralización productiva puede aparecer en las contrataciones de servicios la figura del falso autónomo, por la simulación de la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen escondiendo la realidad de un auténtico contrato de trabajo. Todo ello lo podemos ver diariamente en algunas empresas, que bajo la existencia de un trabajador autónomo, realizan el mismo trabajo que los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa e incluso mezclados unos con

otros, realizando el trabajo con sujeción a jornada y horario, bajo la vigilancia, tutela y órdenes de los empresarios, y casi siempre cobrando con sistemas de incentivos (primas y destajos). Para localizar al falso autónomo, lo podemos ver en sus actuaciones, ya que éste se limita a aportar el simple esfuerzo físico siendo propiedad de la empresa la maquinaria, útiles y herramientas, careciendo de la más mínima organización y capacidad económica.

La figura del falso autónomo debe ser diferenciada del trabajador autónomo económicamente dependiente (conocido como TRADE), ya que éstos, regulados en la Ley 20/2007, de 11 de julio – Ley LETA–, se sitúan en una posición intermedia entre el asalariado y el trabajador por cuenta propia clásico. Con la finalidad de no separarnos de los falsos autónomos, solo dejaré un apunte sobre los TRADES, los cuales tienen un régimen jurídico particular, y además trabajan predominantemente para un solo cliente, percibiendo de él

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- PARDELL VEÁ, AGNES. *Falsos autónomos en la administración pública*. Ed. VLEX
- *Trabajo Autónomo*. Ed. Francis Lefebvre. 2015

Disponible en: www.ksp.es

- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Guía práctica del trabajador autónomo y/o empresario individual*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2015
- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Manual práctico de contratación laboral*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ALGAR, CARMEN. *El trabajador autónomo*. *Economist&Jurist* N° 181. Diciembre - Enero 2010. (www.economistjurist.es)
- *Protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (ley 32/2010, de 5 de agosto)*. *Fiscal-Laboral al Día* N°. 189. Octubre 2010. (www.fiscalaldia.es)

como mínimo el 75% de sus ingresos, de ahí la palabra económicamente dependiente, aportando al cliente –el empresario– una prestación diferenciada y dotada de carácter propio, es decir, según el art. 11.2 b) de la ley LETA, se le requiere que no ejecute su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente, es decir, debe llevar a cabo una actividad de contornos bien definidos, con criterios organizativos propios y además, alejada de la que desarrollan los trabajadores asalariados de la empresa, exigencias que pretenden evitar la aparición de los falsos autónomos, como también disponer, si fuera el caso, de infraestructura productiva y material propios e independientes de los de su cliente necesarios para el ejercicio de sus funciones, además de la necesidad de que exista un contrato de TRADE y la inscripción en el correspondiente registro.

Pues bien, **si definimos a los falsos autónomos, estos son trabajadores, que están inscritos en el RETA** (régimen especial de trabajadores autónomos) y dados de alta ante la AEAT como personas físicas, mantienen una relación aparentemente mercantil con la empresa, **desarrollando realmente un trabajo asalariado para una única empresa, con obligaciones laborales y organizativas iguales que los trabajadores que prestan sus servicios para esa em-**

presa y con una retribución fija amparada bajo facturas, que principalmente son de la misma cantidad. Así, estas situaciones son claramente fraudulentas –art. 6 del Código Civil–, las cuales esconden un auténtico contrato de trabajo y ello provoca que el falso autónomo pierda las expectativas laborales y de seguridad social que tienen los asalariados.

El hecho de realizar este tipo de contratos –mercantiles o civiles– con los falsos autónomos –menos costosos que un trabajador asalariado– puede provocar consecuencias muy perjudiciales para el empresario. Diversas son las contingencias que se pueden encontrar los empresarios defraudadores. En la vertiente laboral, el falso autónomo, ante la información proporcionada por su asesor, mientras presta sus servicios en la empresa, puede interponer la correspondiente demanda por la que se le reconozca el derecho a que su relación sea

reconocida como laboral por cuenta ajena, o en el caso de que el empresario decide prescindir de los servicios del falso autónomo, se expone a que el falso autónomo pueda interponer la correspondiente demanda por despido, por entender éste que está ante una relación laboral, y así, proceder a tirar del hilo que desemboca hacia la Inspección de Trabajo, la cual, y ante los visos de laboralidad, procedería a levantar la correspondiente acta de infracción y de liquidación, retrotrayendo a los 4 años anteriores las citadas consecuencias de falta de cotización. Además, de las contingencias laborales que provocaría la extinción, también nos podríamos encontrar dentro de las vicisitudes de la relación, ante accidentes de trabajo en los puestos que ocupan en la empresa los falsos autónomos y provocar, como mínimo, que las prestaciones que correspondan tengan que ser soportadas por los empresarios. ■



CONCLUSIONES

- De todo lo que hemos podido observar del presente artículo, podemos concluir que la calificación de los contratos no depende de la denominación que les puedan dar las partes contratantes, sino de la configuración de las obligaciones asumidas por éstas y de la prestación que realice en cada caso el trabajador (contrato de trabajo o trabajador autónomo). Prima siempre la realidad, no la relación aparente creada por las partes, y si realmente estamos bajo las notas características de la relación laboral –recordemos: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución– podremos decir que el falso autónomo es en realidad un trabajador asalariado camuflado, bajo una apariencia, y si se descubre, las consecuencias serán muy negativas para el empresario contratante

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN POR VOLUNTAD DEL EMPRESARIO

DESPIDO DISCIPLINARIO Y CLÁUSULAS DE BLINDAJE



Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. Profesor de la FPU Universidad de Granada
César Carlos Navarro Contreras. Abogado de Hogan Lovells

SUMARIO

1. El despido disciplinario de altos directivos: pérdida de confianza y buena fe
2. Transgresión de la buena fe contractual y pérdida de confianza: criterios doctrinales y jurisprudenciales
3. Reflexiones sobre la extinción del contrato de alta dirección y las cláusulas de blindaje

El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, DPAD) comprende significativas singularidades en lo atinente al despido disciplinario. De acuerdo con el artículo 11.2 DPAD, el contrato de alta dirección podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET. Comparando el precitado artículo con el régimen ordinario del despido disciplinario –artículo 54 ET– se da buena muestra de las especialidades que atañe a la extinción del contrato de trabajo del personal directivo de alta dirección.

EL DESPIDO DISCIPLINARIO DE ALTOS DIRECTIVOS: PÉRDIDA DE CONFIANZA Y BUENA FE

En un principio, **el despido disciplinario del alto directivo se constituye y configura de la misma forma que la del trabajador**

ordinario o común, pues la resolución de la relación laboral se produce por el incumplimiento grave y culpable del trabajador, si bien existen diferencias notables y de trascendencia en torno a las causas específicas, sus efectos y las consecuencias económicas del despido.

A este respecto, debe tomarse en consideración que, para justificar la decisión extintiva del empresario, cobra vital importancia la obligación específica de las partes de acomodar el ejercicio de sus derechos y obligaciones a la recíproca confianza: toda actuación contraria al principio de

buena fe fractura –inevitablemente– el citado sustento fiduciario. La consecuencia última del incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales por parte del alto directivo siempre será la pérdida de confianza. No obstante, **la causa del despido no es esta circunstancia añadida –pérdida de confianza– sino el comportamiento, precisamente anterior, que ha dañado la buena fe que debe habitar en estas relaciones de confianza.** De no existir tal actitud del trabajador directivo y concurriendo –por cualquier otro motivo– la pérdida de confianza, se justificará el desistimiento empresarial –ex artículo 11.1 DPAD– pero no el despido basado en un incumplimiento grave y culpable –ex artículo 11.2 DPAD– del personal directivo [STS 22 de enero de 1991].

El DPAD solo alude a una “causa genérica”: el incumplimiento contractual grave y culpable del alto directivo. Omite por completo las causas justas del despido disciplinario del artículo 54.2 ET rompiendo con el principio general de tipicidad. No ha de obviarse que esta relación especial se constituye con fundamento en la ubérrima fides. Que la justificación del despido del alto directivo solo aluda al incumplimiento contractual grave y culpable supone dotar al empresario de mayor liber-



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. (Normas básicas. Marginal: 3856) Arts.; 11, 11.1 y 11.2
- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores. (Normas básicas. Marginal: 5556). Arts.; 5.a), 20.2, 54,54.2, 54.2 y 55
- Código Civil. (Marginal. Normas básicas: 3716). Arts. 1254, 1255 y 1258

tad en el momento de valorar los comportamientos del trabajador de alta dirección aptos para propiciar la extinción del contrato. Más flexibilidad o libertad que se traduce en

una mayor rigidez o severidad en la configuración de los supuestos que pueden dar lugar al despido. Teniendo en cuenta la confianza, el grado de libertad y los medios operativos que

“El TS en unificación de doctrina ha determinado que el pacto que establece una mejora de la indemnización legal para el caso de despido improcedente comprende también la extinción por desistimiento empresarial contemplada como causa extintiva en el artículo 11.1 DPAD”

“Frente al desistimiento empresarial, el artículo 11 DPAD constituye un instrumento utilizado en la práctica con el que evitar la tentación de finalizar la relación laboral cuando hace referencia a las indemnizaciones pactadas en el contrato”

posee el personal de alta dirección, el incumplimiento contractual ha de examinarse valorando especialmente la posición que ocupa, sus funciones, sus responsabilidades y la especial diligencia en el desempeño de su trabajo: en definitiva, ha de observarse el cumplimiento de los deberes de buena fe, lealtad, diligencia y recíproca confianza.

Sin perjuicio de lo anterior, el

hecho de que el DPAD no haga referencia expresa al catálogo de incumplimientos contractuales del artículo 54.2 ET no significa que éstos no sean aplicables a la alta dirección [STS 30 de abril de 1991]. Sin embargo, por la especial relación contractual del alto directivo, **la traslación de la aplicación al personal de alta dirección de la mayor parte de las causas tasadas respecto del trabajador ordinario o común**

han de ser formuladas e interpretadas de distinta manera, sobre todo: a) las ofensas verbales o físicas que más bien serán dirigidas a los miembros de los órganos de gobierno y administración de la sociedad o al empresario individual –artículo 54.2.c) ET–; b) la embriaguez o toxicomanía que en función de la plena responsabilidad en la dirección de la empresa no se requerirá de forma tan decorosa la habitualidad –artículo 54.2.f) ET–; c) y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo –artículo 54.2.g) ET–. Asimismo, las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo –artículo 54.2.a) ET– no se acoplan correctamente con el cargo de alto directivo –más cuando no se



encuentra sometido a horario fijo y habitualmente goza de total libertad en su actividad [STSJ Balears de 14 marzo de 1992.]-. En el mismo sentido, la indisciplina o desobediencia en el trabajo bajo –artículo 54.2.b) ET– o la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del tra-

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 20 de febrero de 2014, núm. 431/2014, N° Rec. 2369/2013, (Marginal: 69477333)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 20 de febrero de 2014, núm. 508/2014, N° Rec. 143/2013, (Marginal: 69477334)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de abril de 2011, núm. 279/2011, N° Rec. 6304/2010, (Marginal: 2289371)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 24 de noviembre de 2011, núm. 1283/2011, N° Rec. 1177/2011, (Marginal: 69477332)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 3 de marzo de 2010, núm. 920/2010, N° Rec. 5213/2009, (Marginal: 69477329)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de enero de 2008, núm. 2/2008, N° Rec. 4735/2007, (Marginal: 1517762)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2006, N° Rec. 617/2005, (Marginal: 306346)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 28 de octubre de 2005, N° Rec. 4542/2005, (Marginal: 69477328)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2004, N° Rec. 2707/2003, (Marginal: 164642)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3 de abril de 2001, núm. 243/2001, N° Rec. 842/2001, (Marginal: 69477325)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 18 de abril de 2001, núm. 3267/2001, N° Rec. 8669/2000, (Marginal: 69477330)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de noviembre de 2000, N° Rec. 2366/2000, (Marginal: 69477331)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de noviembre de 1999, N° Rec. 4538/1998, (Marginal: 69477343)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1991, (Marginal: 69477338)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 1991, (Marginal: 69477336)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 1991, (Marginal: 69477337)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1990, (Marginal: 69477341)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 1989, (Marginal: 69477342)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 1988, (Marginal: 69477339)

bajo normal o pactado –artículo 54.2.e) ET–. las de un trabajador común.

Sin embargo, queda por aludir a la verdadera causa de despido por la que se fundamenta la extinción del contrato de trabajo del alto directivo: la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo –artículo 54.2.d) ET–. Si la buena fe es elemento integrador de toda relación contractual –artículo 1258 del Código Civil–, su relevancia es significativamente destacada cuando la relación laboral de que se trata está matizada y caracterizada por la confianza que, recíprocamente, cada una de las partes deposita en la otra: esta afirmación nos permite confirmar que la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa, como de una conducta culposa o negligente; todo ello en aplicación de lo prevenido en los artículos 5.a) y 20.2 ET; diligencia que ha de exigirse con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del puesto desempeñado y confianza que la empresa deposita en el cargo de directivo.

En efecto, **para apreciar este tipo de incumplimientos contractuales** no es necesario que se acredite la existencia de lucro personal, ni el haber causado daño o perjuicio a la empresa; **basta el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, precisando la jurisprudencia, que en la pérdida de confianza no cabe establecer grados, más cuando se trata de la alta dirección, porque cuando se ocupa un puesto de máxima confianza, ejerciendo la dirección de la empresa con autonomía y plena responsabilidad, el alto directivo está obligado a desempeñar su cargo respetando reglas de conducta totalmente diferentes a**

TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y PÉRDIDA DE CONFIANZA: CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Por su tremenda diversidad, la mayoría de las conductas citadas en el catálogo del extenso artículo 54.2 ET pueden ser reconducidas a su apartado d). Dado el carácter genérico de la buena fe contractual, su transgresión es susceptible de desarrollarse por una serie muy heterogénea de actuaciones que pueden no tener un encaje exacto en otras causas del artículo 54 ET, actuando la buena fe contractual como un auténtico cajón de sastre de comportamientos muy variados, y entre los que se inserta el propio abuso de confianza.

A continuación se relacionan algunos de los incumplimientos contractuales del personal de alta dirección que han sido considerados, por la doctrina y jurisprudencia, susceptibles de quedar encuadrados en el contenido del “*incumplimiento grave y culpable del alto directivo*” por vulneración de la buena fe contractual:

– Operaciones bancarias irregulares por el alto directivo, sin que pueda exonerarle de responsabilidad, el conocimiento y la tácita aprobación de los miembros del Consejo. Pese a que las actuaciones “*se producen en el contexto de un irregular comportamiento jurídico-financiero de la empresa*” al que “*no son ajenos sus principales directivos que conocieron y, tácitamente, consistieron las precitadas actuaciones contrarias a la disciplina laboral*”, la peculiar y trascendente función directiva del personal de alta dirección que “*ha de velar por el exacto cumplimiento de la normativa aplicable en salva-*

guarda de los intereses y fines de la propia institución financiera impide exonerarle de su propia responsabilidad laboral” [STS 26 de enero de 1990].

- **Es consustancial al contrato de trabajo el deber de mutua fidelidad como exigencia del comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible.** Por ello, “*no cabe duda que fotocopiar para usos particulares documentación reservada de la empresa a la que se tiene acceso por el puesto que se desempeña, no es acto simplemente rechazable*”; la “*sustracción de documentos*” puede ser incluso “*penalmente sancionable*” [STS 3 de octubre de 1988].
- **La transgresión de la buena fe y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culposa o negligente.** El trabajador directivo transgredió la confianza “*cuando realizó la operación anómala y temeraria*” que pudo “*haber producido un importante quebranto económico para la empresa*” [STS 14 de febrero de 1990].
- **Comisión de irregularidades contables.** En efecto, esta actuación por parte del personal de alta dirección “*constituye una grave quiebra de dicha buena fe al provocar en los órganos de gobierno y administración*” un conocimiento “*absolutamente falso acerca de la situación financiera de la empresa*” [STS 31 de enero de 1991].
- **Manifestar, en conversación con el Delegado de Personal, la conveniencia de efectuar un día de huelga.** Los “*derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la huelga*” no autorizan a “*quebrantar las reglas de la buena*

- fe". En consecuencia, "el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no pueden provocar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno" [STS] Asturias 4 de diciembre de 1992].
- **Utilizar fondos propios de la empresa para uso particular, pagándose la "cuota de su coto de caza".** Además, en este caso el alto directivo "disminuyó su dedicación y atención a su trabajo" por el hecho de "su nombramiento como Administrador único de otra empresa sin autorización y conocimiento de los órganos directivos" [STS 30 de septiembre de 1988].
 - **Superación de los niveles de contratación y de riesgo autorizado por la entidad competente.** En este supuesto, el personal directivo realizó "operaciones de alto riesgo, calificadas fundadamente como especulativas en sentido objetivo por carecer de la adecuada cobertura, que excedieron en muy gran medida los límites cuantitativos aprobados por el Consejo de Administración y que irrogaron un severo perjuicio económico a la entidad" [STS] Cantabria 9 de marzo de 1995].
 - **Gastos personales cargados indebidamente a la empresa.** El directivo, al no poder justificar que los "gastos producidos y cargados a la sociedad" lo eran "por causa de sus desplazamientos" infringe "el

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- DE VAL TENA, Á. L., "La extinción del contrato de trabajo especial", en *Los trabajadores Directivos de la Empresa*. Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 345-456
- GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, Á. L., "La extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario", en AA. VV. *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*. Granada, Comares, 2010, pp. 391-430
- MONEREO PÉREZ, J. L., y DE VAL TENA, Á. L. (Dirs.), *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Granada, Comares, 2010, passim
- ROQUETA BUJ, R., "La extinción de las relaciones laborales especiales", en AA. VV. *Extinción del contrato de trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1323-1333
- VALLS, Á. (Dir.), y SERRANO, R. et al, *Manual del Personal de Alta Dirección*. Navarra, Aranzadi, 2012, passim

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RODRÍGUEZ COPE, M^a. L., "Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 49, 1998, pp. 83-132

Disponible en: www.ksp.es

- CORDERO ÁLVAREZ, CLARA I. *Guía práctica de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- GAJO FORTUNY, JOSEP. *Consejos de empresarios para empresarios*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *Los blindajes en las sociedades cotizadas*. *Economist&Jurist* N° 154. Abril 2011. (www.economistjurist.es)
- BARBANCHO TOVILLAS, FERNANDO. *Formas de extinción de la relación laboral de alta dirección*. *Fiscal-Laboral al Día* N°. 165. Mayo 2008. (www.fiscalaldia.es)

mandato del precepto normativo del artículo 1214 del Código Civil [STS] País Vasco 20 de junio de 1995.

- **Cobro indebido e injustificado de un cheque** “*sin que se acredite una razón objetiva para su expedición, conducta incardinable en el precepto alegado como infringido en su doble vertiente de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza respecto de quien valiéndose de su cargo obtiene un cobro que ante la falta de justificación debe calificarse como indebido, no siendo viable como se pretende, exonerarse de su propia responsabilidad laboral con base en la autorización que le otorga la firma del Presidente*” porque “*no corresponde a éste controlar la contabilidad de la em-*

presa” [STSJ Madrid 27 de enero de 1997].

- **Incrementar la propia nómina sin consentimiento del Consejo de Administración y alteración y manipulación de informes** [STSJ Cantabria 20 de abril de 1998].
- **Irregularidades en la contabilidad.** En este caso, se confirma la declaración de procedencia del despido realizada vía artículo 54.2.d) ET, por entender que “*la total ausencia de contabilización y silenciamiento a la empresa y a la intervención de pagos, con la gravedad de las consecuencias que esto último puede comportar, de las reclamaciones del referido profesional, excluye la minimización de la*

conducta” [STS 8 de noviembre de 1999].

- **Pérdida de cliente por informe inexacto del alto directivo.** El personal de alta dirección de la empresa “*fue el responsable máximo del informe inexacto remitido a la empresa cliente, y consecuentemente a su pérdida como cliente*” [STSJ Madrid 7 de febrero de 1993].
- **Falsificación de los datos económicos y resultados de la empresa, y autoconcederse un préstamo sin garantía ni pago de intereses.** En concreto, presentar “*ante los órganos de gobierno y administración de la empresa para la que prestaba servicios, una situación absolutamente irreal acerca de*



la situación financiera de la empresa”. Además, autoconcesión de un préstamo para lo que “*en absoluto estaba autorizado, determinándose por el mismo en qué periodo y como ha de devolverse el importe, sin desembolso directo por su parte de cantidad alguna, imponiendo a la entidad que le descuenta de sus nóminas mensuales la cantidad que a él le parece adecuada, sin ninguna garantía y sin proponer tampoco pago de intereses*” [STSJ Andalucía, Sevilla 20 de febrero de 2014].

- **Además de los anteriores, pueden citarse los siguientes supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones del alto directivo que conllevaron la declaración de procedencia del despido disciplinario:** extralimitación en el ejercicio de las facultades atribuidas [STSJ Burgos 17 de diciembre de 1992.]; la revalorización unilateral de los emolumentos salariales sin informar al Consejo de Administración [STSJ Andalucía, Málaga 24 de junio de 1994]; uso abusivo del teléfono y de la tarjeta de crédito [STSJ Madrid 3 de julio de 1995]; elevarse unilateralmente la retribución tanto fija como variable, además de modificar su forma de pago [STSJ Galicia 28 de octubre de 2005]; cargar indebidamente a la empresa gastos personales [STSJ Madrid 14 de mayo de 1993]; cargar indebidamente a la empresa gastos personales y disponer de anticipos económicos con habitualidad [STSJ Madrid 3 de abril de 2001]; utilizar tiempo y medios de una empresa para realizar gestiones a favor de otra [STSJ Madrid 16 de marzo de 1993]; irregularidades bancarias por actuación negligente [STSJ Cataluña 18 de abril de 2001; o STSJ Castilla La Mancha 12 de marzo de 2002]; conducta constitutiva de competencia des-

leal [STSJ País Vasco 28 de noviembre de 2000]; concurrencia desleal consistente en la constitución de sociedad mercantil con el mismo objeto social [STSJ Madrid 25 de abril de 2011; o STSJ Galicia 3 de marzo de 2010]; paralizar un proyecto prioritario sin informar ni consultar al Consejo de Administración [STSJ Madrid 14 de enero de 2008]; cargar en la tarjeta de crédito de empresa gastos personales, expedir facturas giradas por su cónyuge como profesora de italiano en la empresa que no correspondían a la veracidad de las horas desarrolladas, y facilitar un móvil a su esposa para fines privados a cargo de la empresa [STSJ Castilla La Mancha 24 de noviembre de 2011].

A la luz de los anteriores precedentes, puede concluirse que la propia configuración de la relación especial del personal de alta dirección y el hecho de que el citado artículo 11.2 DPAD –como advertíamos al principio– no haga mención alguna ni se remita a las causas justas del despido disciplinario del artículo 54.2 ET, aludiendo tan solo al “*incumplimiento contractual grave y culpable*”, termina dotando al empresario de mayor libertad para valorar los comportamientos del trabajador directivo. La transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza podrán traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culpable o negligente y, al no poder establecerse grados en la pérdida de confianza, tan solo bastará el quebrantamiento de fidelidad y lealtad para incurrir en esta justa causa de despido. No obstante, la libertad para configurar la extinción de la relación laboral no es absoluta, porque además de requerirse la concurrencia de las dos notas citadas – gravedad y culpabilidad– se necesita de cierta proporcionalidad entre la

conducta tipificada en el contrato y la resolución de éste; de lo contrario, se incluirían de esta manera, modalidades de despido por causas o comportamientos relevantes, pero no graves, más propios del desistimiento empresarial –artículo 11.1 DPAD–.

REFLEXIONES SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE BLINDAJE

Los tipos extintivos de la especial relación laboral del alto directivo responden a determinados fines tutelados por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la elección del empresario de la vía para finalizar la relación contractual debe ser consecuente con la causa motivadora de la extinción. No obstante, la lógica diligente que posee el ordenamiento jurídico no evita caer en tentaciones del empresario de aplicar modalidades extintivas diferentes a las que debiera.

La utilización de la figura del despido puede resultar bastante arriesgada para el empresario en aquellos supuestos en los que exista dificultad para probar las imputaciones aducidas; de ahí que, ante el riesgo derivado de una declaración de improcedencia del despido –con la consiguiente obligación, salvo pacto en contrario, de indemnizar en la cuantía de 20 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades– prefiera acudir al desistimiento –con una menor indemnización de 7 días de salario por año de servicio hasta 6 mensualidades–. Es cierto que el propio DPAD establece un desistimiento libre por parte del empresario, solo condicionado por aspectos procedimentales o de forma. Pero **lo que suele determinar la elección por una u otra vía extintiva es la cuantía de la indemnización.** No

obstante, si el juzgador se percatara de la verdadera intención del empleador de desistir con el único fin de eludir los cauces procedimentales previstos para el caso de despido por incumplimiento contractual grave y culpable del alto directivo, se decretará la improcedencia de la actuación extintiva del desistimiento.

Frente al desistimiento empresarial, **el artículo 11 DPAD constituye un instrumento utilizado en la práctica con el que evitar la tentación de finalizar la relación laboral cuando hace referencia a las “indemnizaciones pactadas en el contrato”**. En concreto, nos referimos a las cláusulas de blindaje consistentes en fijar una indemnización muy superior

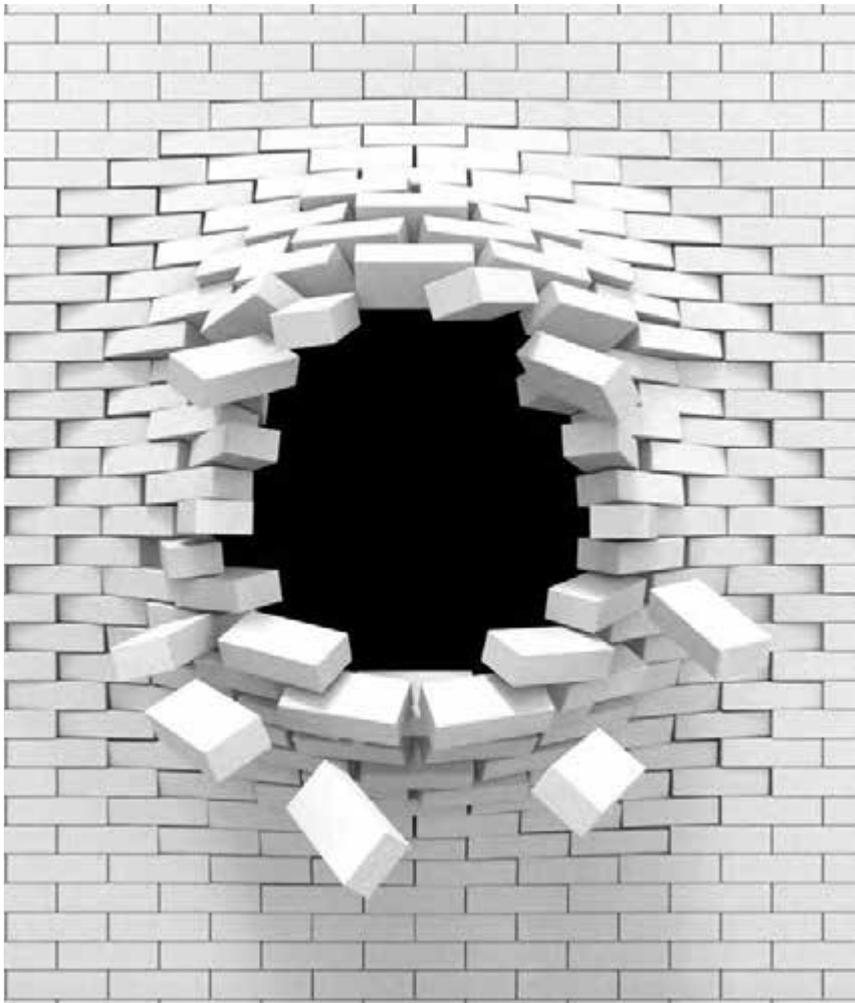
a la prevista en la norma. Esta es una manera de bloquear la libertad empresarial del desistimiento del empresario, o al menos, de condicionar su voluntad. Además, estas cláusulas indemnizatorias pueden también operar en los ceses por despido disciplinario. La distinción entre despido y desistimiento no siempre resulta sencilla. La cuestión tiene importancia práctica porque las consecuencias económicas son diferentes. Pero, en ocasiones, los pactos entre las partes pueden igualar ambas indemnizaciones, haciendo entonces más ventajosa la opción por el despido disciplinario en la medida en que este no requiere preaviso.

La cláusula de blindaje no es una compensación económica

de carácter civil, sino una medida de persuasión o defensa: una cláusula inserta en el contrato laboral del directivo, cuya finalidad es reforzar la posición de esta especial relación. Los pactos o acuerdos insertados en el contrato se convierten en mercedores de máximo respeto, en cuanto constituyen muestra inequívoca de la trascendencia que, en esta relación laboral de carácter especial, el legislador ha querido dispensar a la intención o voluntad de las partes como fuente de regulación. Las indemnizaciones fijadas en el DPAD, al no constituir mínimos de derecho necesario, podrán ser modificadas “*in peius*” o “*in meius*”.

La interpretación restrictiva de estas cláusulas es una constante en la jurisprudencia: han de ser interpretadas en sus propios términos, con objeto de que no lleguen a convertirse en instrumentos de presión irregular del directivo sobre la empresa. Es por ello que estas **cláusulas de blindaje indemnizatorias han de establecer su contenido con excesivo rigor, pues solo de esta manera, podrán evitarse cláusulas de dudosa interpretación con las que obviar mecanismos que permitan al empleador apartarse de la causa legalmente justificativa de cada tipo extintivo**. Además, y como es obvio, no todos los empresarios admitirán pactos indemnizatorios que abarquen todos los supuestos extintivos, sino que su escenario, y sobre todo, la cuantía, dependerá de la circunstancias aplicables en la empresa, el talento y la consideración del directivo.

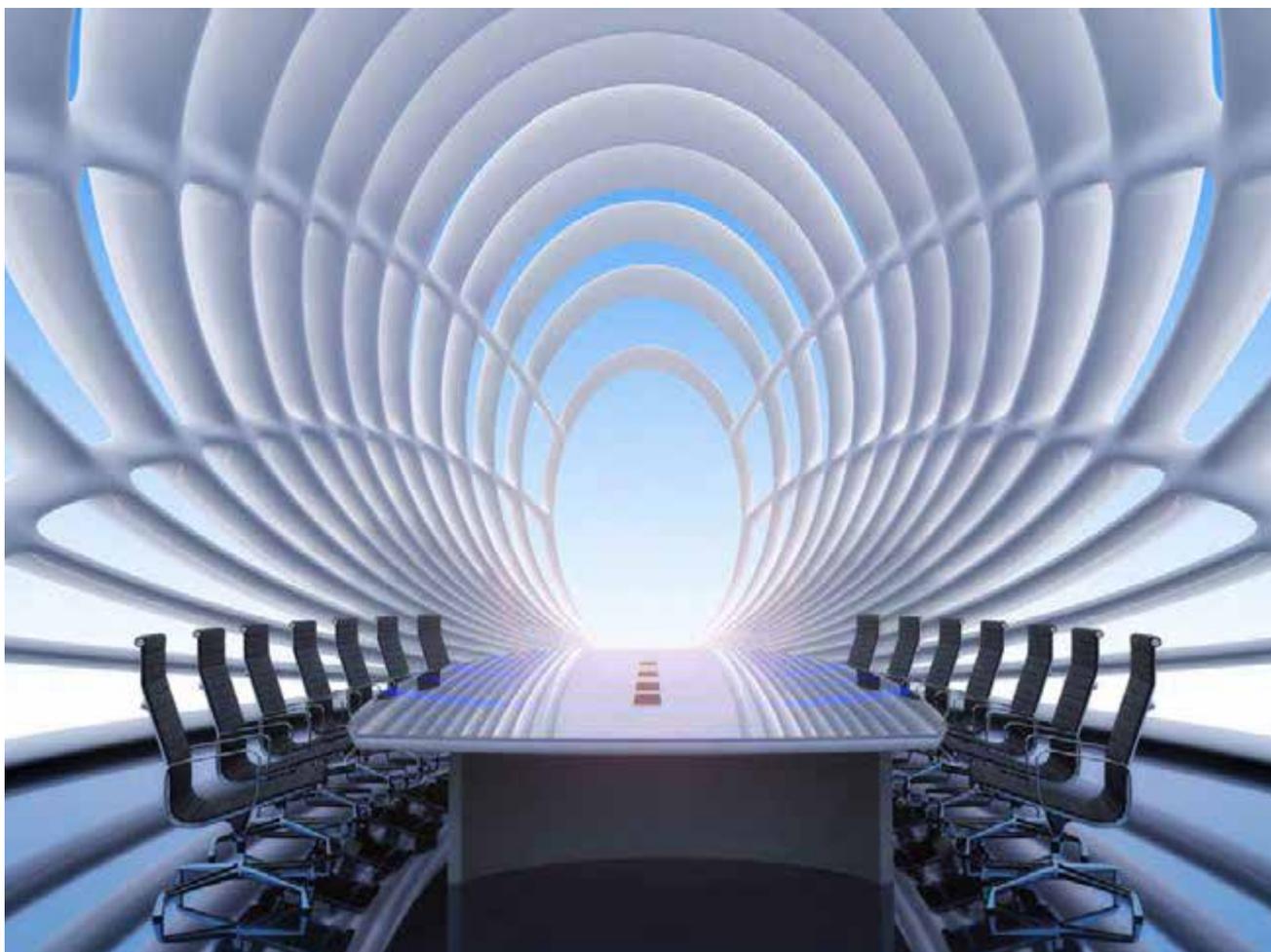
A estos efectos, **es tremendamente relevante la interpretación jurisprudencial de los pactos indemnizatorios de acuerdo con la voluntad de los contratantes** [STS 19 de octubre de 2006.]. **El TS en**



unificación de doctrina ha determinado que el pacto que establece una mejora de la indemnización legal para el caso de despido improcedente comprende también la extinción por desistimiento empresarial contemplada como causa extintiva en el artículo 11.1 DPAD. Una interpretación diferente conduciría a que el empresario presentara la decisión extintiva como un desistimiento que no necesita invocar causa, y no como una resolución por incumplimiento del alto directivo, lo que atendiendo a una lectura literal del precepto excluiría la indemnización pactada de cuantía superior con solo aplicar el preaviso de tres meses y la indemnización mínima de siete días por año de servicio. Sin embargo, el sentido literal de las palabras, indemnización

por despido improcedente y no por desistimiento empresarial sin causa, contradice la intención evidente de los contratantes, que debe prevalecer sobre aquélla y que no puede ser otra que la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación laboral: *“no se trata de la prueba de un hecho, sino de la interpretación de una declaración de voluntad ya establecida en su contenido textual”* [STS 6 de junio de 1996]. La misma doctrina se ha aplicado cuando habiendo pactado las partes una indemnización para el despido declarado improcedente, se produce la resolución judicial a instancia del trabajador pero por incumplimientos del empresario [STS 21 de mayo de 2004].

En este sentido, **ha de evitarse la ejecución de verdaderos despidos bajo la apariencia de desistimientos cuando se haga referencia expresa a extremos o comportamientos del trabajador; en otras palabras, a “supuestos” incumplimientos.** Lo anterior con el fin de desplazar la prueba de esas imputaciones, lo que constituiría un acto de fraude de la ley al ampararse la empresa en norma inadecuada [STS 25 de septiembre de 1989]; y viceversa, de manera que no cabe camuflar la pérdida de confianza bajo la apariencia de un incumplimiento grave y culpable; o consignar la indemnización reconociendo la improcedencia del despido para ejecutar la extinción laboral con la fórmula más favorable económicamente. **La falta de rigor en la expresión de**



voluntad “no puede, en su ambigüedad, amparar una elección caprichosa en favor de la fórmula económicamente más favorable, por cuanto ello significaría el uso fraudulento de la norma” [STS 19 de octubre de 2006]. Las consecuencias de las actuaciones del empresario no ajustado a los tipos legales extintivos deben ser corregidas y razonadas judicialmente, en aras de un efectivo ejercicio de tutela judicial que termine satisfaciendo las reales consecuencias –y no las pretendidas por el empresario–. Al fin y al cabo, esta consecuencia se resume en la indemnización pactada o la establecida reglamentariamente para el desistimiento o para el despido que se quiso disimular.

La empresa debe ajustar el acto extintivo a unas bases que permitan atribuir la naturaleza del despido o del desistimiento a la ruptura del vínculo laboral. Si

la empresa presenta su decisión extintiva como desistimiento, sin alegar causa alguna ni incumplimiento del trabajador que justifique la extinción, esta decisión ha de valorarse como desistimiento. No obstante, si el empresario, aun alegando desistimiento justifica su decisión en una conducta o incumplimiento del alto cargo, dicha decisión deberá calificarse como despido. **Cuando no existe base fáctica para justificar o apoyar la existencia de un despido y éste constituye una opción económicamente más ventajosa que el desistimiento, debe interpretarse que se está utilizando fraudulentamente la norma que regula el despido y, en consecuencia considerar la situación como un desistimiento con las repercusiones económicas previstas para éste** [STS 19 de octubre de 2006].

Si lo que se pretende evitar es el efectivo cumplimiento de los acuer-

dos indemnizatorios insertados en los contratos de alta dirección, a estos se les podrá aplicar el criterio de proporcionalidad y las reglas del fraude y abuso de derecho, pues las cuantías exorbitantes esconden fines ocultos, más allá de los legítimos intereses del trabajador. Frente a estas circunstancias, el empresario no debería intentar burlar los impedimentos económicos simulando una alternativa extintiva no conforme con la causa real, sino que ha de procurar la limitación de aquellas previsiones, solicitando la nulidad de las mismas –artículo 1255 del Código Civil–. En otros términos, las cláusulas de blindaje en la alta dirección se consideran lícitas sin que en ningún caso puedan rebasar los siguientes límites: no podrán ser abusivas ni fraudulentas; no podrán obviar la cláusula *rebús sic stantibus*; deberán responder a su verdadera naturaleza indemnizatoria; y no vulnerar las leyes, la moral y el orden público. ■

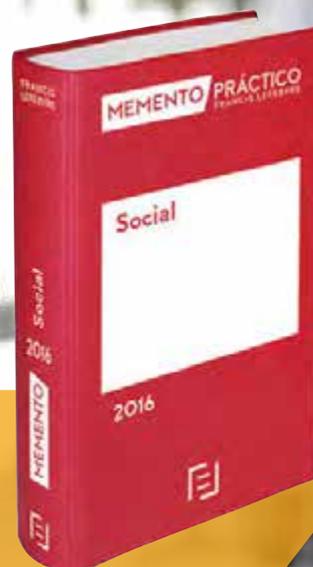
CONCLUSIONES

- Por la especial configuración de la relación laboral especial de alta dirección, el despido disciplinario del alto directivo por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza podrá traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culposa o negligente, y, al no poder establecerse grados en la pérdida de confianza, tan solo bastará el quebrantamiento de fidelidad y lealtad para incurrir en esta justa causa de despido. En otras palabras, las faltas laborales del acto directivo han de ser analizadas con mayor rigor que en la relación laboral ordinaria, por las funciones que desarrolla y la especial posición de máxima confianza que ocupa en la organización empresarial
- Por otra parte, quizás la mejor arma para combatir las dificultades para valorar el despido disciplinario del alto directivo por “incumplimiento contractual grave y culpable” –descripción que otorga mayor libertad al empresario para valorar los comportamientos del trabajador directivo–, consista en concertar un contrato inicial que regule adecuadamente todos los aspectos que pudieran ocasionar problemas de interpretación en caso de desacuerdo entre las partes. Con esta finalidad, es necesario conocer la doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina sobre las cláusulas de blindaje consistente en la prevalencia de la intención evidente de los contratantes –reconocer la indemnización prevista que se haya blindado–. En otros términos, el pacto que establece una mejora de la indemnización legal para el caso de despido improcedente, comprende también la extinción por desistimiento empresarial contemplada como causa extintiva, incluso cuando la resolución del contrato se haya producido por voluntad del trabajador como consecuencia del incumplimiento del empresario. En definitiva, la intención real de los contratantes debe prevalecer, y ésta voluntad no puede ser otra que aplicar la indemnización pactada sobre aquellos supuestos en los que el empresario no acreditara causa justa para extinguir la relación laboral

TE GUSTA ESTAR AL DÍA

TE HAS PREPARADO

QUIERES HACERLO BIEN



NUEVOS MEMENTOS PRÁCTICOS FISCAL y SOCIAL 2016

~~156€~~
140,40€ 4% IVA NO INCLUIDO
DISFRUTA EL 10% DESCUENTO
OFERTA VÁLIDA HASTA LA PUBLICACIÓN DE LA OBRA

IMPULSA TU TALENTO con las obras que te proporcionan el análisis más exhaustivo de **toda la fiscalidad** y te permitirán responder a todas las cuestiones relativas al **ámbito laboral y de la Seguridad Social**. Elaboradas por expertos en cada materia y diseñadas para encontrar al instante soluciones concretas y rigurosamente fundamentadas. Conocerás **las reformas que han sido aprobadas**, sabrás que materias se han visto afectadas y **dominarás las consecuencias prácticas** de cada reforma, destacando la profunda **reforma de la Ley General Tributaria**.

~~148€~~
133,20€ 4% IVA NO INCLUIDO
DISFRUTA EL 10% DESCUENTO
OFERTA VÁLIDA HASTA LA PUBLICACIÓN DE LA OBRA

2.215 PÁGS. APROX.

2.105 PÁGS. APROX.

PRINCIPALES NOVEDADES

En el Memento Fiscal 2016 se aborda el estudio de todas las reformas ocurridas desde la publicación de la edición anterior, entre las que destacan:

- Modificaciones introducidas en el Reglamento del IRPF.
- Nueva escala de retención aplicable a los rendimientos del trabajo.
- Nuevos tipos fijos de retención en el IRPF.
- Novedades en materia de estimación objetiva de los rendimientos de actividad económica.
- Nuevas escalas general y del ahorro estatal.
- Prórroga durante el ejercicio 2016 de la vigencia del IP.
- Modificación de la regulación de los activos intangibles y su amortización. Especial referencia al fondo de comercio.
- Nuevo tipo general de retención en el IS.
- Reforma de la LGT
- Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

PRINCIPALES NOVEDADES

De forma genérica destacan:

- Nuevo texto refundido del ET (RDLeg 2/2015);
- Nuevo texto refundido de la LGSS (RDLeg 8/2015);
- Nuevo texto refundido de la Ley de Empleo (RDLeg 3/2015);
- Nuevo texto de la Ley de garantías y uso racional del medicamento (RDLeg 1/2015);
- Nuevo texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (RDLeg 5/2015);
- La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público (L 39/2015);
- Ley de Presupuestos Generales del Estado (L48/2015).

ESTARÁS SIEMPRE AL DÍA

1. La suscripción a los Mementos Fiscal y Social 2016 incluye un **SERVICIO DE ALERTA VÍA E-MAIL** con las novedades que se vayan produciendo cada semana, para que estés siempre al día.
2. Además incluye el servicio **"EXTRAS MEMENTOS"** en nuestra web www.efl.es con el que podrás consultar en cualquier momento si un número marginal del Memento ha sido modificado.

ADQUIÉRELO AHORA LLAMANDO AL 91 210 80 00

* Cita el código promocional **13204** para beneficiarte de los precios especiales que tenemos reservados para ti.

DEMANDA DE DESPIDO IMPROCEDENTE Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

www.ksp.es
info@ksolucion.es

La solución a tu caso

SUMARIO

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

como improcedente y se le abonen las cantidades adeudadas

- Que proceda a intentarse la conciliación con la empresa X

La estrategia. Solución propuesta.

El abogado examinará que se cumplan los requisitos necesarios para que se produzca el despido objetivo que declara la empresa y demostrará la improcedencia del mismo, aportando además pruebas documentales y reclamar las cantidades debidas en beneficio de su cliente. Intentará la conciliación con la empresa previa a la vía judicial laboral.

EL CASO

Supuesto de hecho

Madrid, 16-07-2014

Doña Sonia trabaja para la empresa X desde el 18 de diciembre de 2009, como camarera y percibiendo un salario bruto de 1.367,59€.

El pasado 16 de julio de 2014 la empresa mediante carta de despido le informa que por las dificultades eco-

nómicas que atraviesa, extinguirá la relación laboral a efectos del día 31 del mismo mes.

Doña Sonia firma como “no conforme” y se propone interponer una Demanda por despido improcedente.

Objetivo. Cuestión planteada.

La clienta es Doña Sonia, y sus objetivos son:

- Que se declare y califique el despido

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Laboral

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de lo Social de Madrid

Tipo de procedimiento: Juicio verbal

Fecha de inicio del procedimiento: 09-09-2014

Partes

• **Parte demandante:**

Doña Sonia

• **Parte demandada:**

Empresa X + FOGASA

Peticiones realizadas

• **Parte Demandante**

- Requiere la calificación del despido como improcedente, la respectiva indemnización y el abono de la cantidad debida de 1.363,31 Eur.

- Intento de Conciliación con la empresa X

- Propone la práctica de los siguientes medios de PRUEBA: del demandado, documental y testifical.

• **Parte Demandada**

- La parte demandada no contesta a la Demanda y en el juicio no hace alegaciones en contra de las peticiones del demandante.

Argumentos

• **Demandante**

- 1. Doña Sonia, en su relación laboral con una antigüedad 18/12/2009, mediante contrato indefinido, categoría profesional “Camarero” con una jornada de 40 h/semana, y un salario bruto de 1.367,59 Eur. (Con prorrateo pagas extraordinarias).

- 2. Que con fecha 31.7.2014, ha sido despedida mediante carta de fecha 16 del mismo, aludiendo la empresa motivos económicos como causa;

- 3. Total Cantidad Adeuda a la fecha 1.910,66 Eur.

- 4. No se ha puesto a disposición del trabajador cantidad alguna en concepto de Indemnización.

- 5. Doña Sonia interpuso papeleta de conciliación, celebrándose ante el SMAC el preceptivo Acto de Conciliación (sin efecto).

• **Demandada**

La parte demandada no contesta a la Demanda y en el juicio no hace alegaciones en contra de las peticiones del demandante.

Normas y artículos relacionados

- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores. Arts.; 3, 4, 26, 29, 49, 52, 53, 56

- Constitución Española

- Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial

- Código Civil

Documental aportada

La parte demandante en su demanda aportó los siguientes documentos:

Decreto de insolvencia

Auto despachando ejecución

N.I.F Dña. Sonia

Recibo bancario

Autorización representante Sonia

Prueba

• La parte demandante en su demanda solicita los siguientes medios de prueba:

- Interrogatorio a la parte demandada.
- Testifical: Llamados al acto del juicio los testigos que se designaran en escrito.
- Documental: recibos de pago y nóminas.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 21-11-2014

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: Estima la Demanda de Doña Sonia declarando improcedente el despido y declarar la extinción de la relación laboral condenando a la empresa demandada a abonar a las actoras las siguientes cuantías en concepto de indemnización:

D^a Sonia: 8.592,59 €

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial

1. Sin acreditar los extremos económicos que se alegan en la carta de despido como medida extintiva, es por lo que procede la estimación de la Demanda, debiendo ser declarado Improcedente el despido efectuados a Doña Sonia a tenor de lo establecido en los artículos 122 y 123 de la L.J.S.

2. No siendo posible la readmisión de

la trabajadora, abone la indemnización por despido calculada.

3. Debe imponerse el interés por mora sobre la cantidad adeudada a tenor de lo establecido en el art. 29.3. del ET.

JURISPRUDENCIA

• Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 346/2015, de 24-04-2015. **KsoluciónPremium.Jurisprudencia. Marginal: 69342334**

• Tribunal Supremo, núm. 708/2015, de 17-12-2015. **KsoluciónPremium.Jurisprudencia. Marginal: 69470905**

• Tribunal Supremo, núm. 800/2015, de 17-12-2015. **KsoluciónPremium.Jurisprudencia. Marginal: 69470919**

DOCUMENTOS JURÍDICOS DE ESTE CASO

Documentos disponibles en:

www.ksp.es

Nº de caso: 7544

1. carta de despido
2. prueba documentos
3. sentencia

4. otros medios de prueba

5. Demanda

6. Acta de conciliación previa

FORMULARIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON ESTE CASO

- Papeleta de conciliación

BIBLIOTECA

• Libros

- Todo sobre el proceso laboral

- Manual práctico de contratación laboral

- Las diversas modalidades de contratación laboral

• ARTÍCULOS JURÍDICOS

- Gastos de personal: no siempre el despido es la mejor opción (marzo-abril 2013)

- Tratamiento fiscal de las indemnizaciones por despido tras la reforma laboral (mayo 2013)

- El despido ante la nueva reforma laboral 2012 (abril 2012)

AL JUZGADO DE LO SOCIAL

Dña.....con DNI.....y domicilio en la calle....., y Dña.....con

DNI.....y domicilio en la calle....., ante el **JUZGADO DE LO SOCIAL**, comparezco

y como más procedente en derecho sea **DIGO**:

Que por medio del presente escrito, interpongo demanda ejercitando acción por **DESPIDO y CANTIDAD**, contra la empresa; con CIF....., con domicilio social en la....., inscrita en la Seg. Soc. con el N°.....

Constituyen los fundamentos de la presenta demanda los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Que las actoras vienen prestando sus servicios, por cuenta y orden de la Empresa demandada, en el centro de trabajo, local destinado....., en Madrid, siendo de aplicación el c.c. del Comercio e Ind. De Confitería, Pastelería.

y Churrería, con los siguientes datos personales;

A) Dña.....Antigüedad 18/12/2009, mediante contrato indefinido, categoría profesional "Camarero" con una jornada de 40 h/semana, y un salario bruto de 1.367,59 Eur. (con prorrateo pagas extraordinarias), y un salario a efectos de despido de 45,586 Eur./día.

B) Dña.....Antigüedad 18/12/2009, mediante contrato indefinido, categoría profesional "Ayudante de Churrero" con una jornada de 40 h/semana, y un salario bruto de 1.250,10 Eur. (con prorrateo pagas extraordinarias), y un salario a efectos de despido de 41,67 Eur./día. En l.T. desde el día 5.7.2014 por enfermedad común.

SEGUNDO.- Que con fecha 31.7.2014, he sido despedida mediante carta de fecha 16 del mismo, aludiendo motivos económicos como causa;

"por la disminución de la facturación de la empresa en los últimos trimestres produciéndose el cierre definitivo del centro de trabajo donde usted viene prestando servicio, siendo la cifra de facturación..." Se da por reproducido su contenido integro y se aporta el original de la misma como DOC. N°1 y N°2.

Siendo parciales las cantidades aportadas, emitiéndose el 3T de 2013 y 3T de 2014, y elaborada la citada carta en Fraude de Ley, no poniendo a disposición del trabajador cantidad alguna (indemnización de 20 d. por año), ni preaviso alguno, antedatando la fecha de la misma al día 16.7.2014, siendo entregada en el local en la mañana del día 31.7.2014.

TERCERO.- Que la demandada adeuda a la fecha en concepto de saldo y finiquito las siguientes cantidades.

Dña..... la cantidad de 3.163,63 Eur brutos desglosados;

- Nómina Julio 2014 (SB 1.073,69 Eur., Convenio 20,38 Eur.)

- Vacaciones 692,91 Eur.

- Prorrateo Paga (PIP) Marzo 641,23 Eur.

- PIP Verano 94, 19 Eur.

- PIP Navidad 641,23 Eur.

+ Preaviso Despido objetivo 15 días; 547,35 Eur.

Subtotal 3.163,63 E. + 547,35 E. = 3.710,66 Eur. - 1800 E. abonados a cuenta en tres pagos (1.100 + 500 +200). Total Cantidad Adeuda a la fecha 1.910,66 Eur

A) Dña.....la cantidad de 2.841 Eur. brutos desglosados;

- Nómina Julio 2014 (Gratif.enferm. 31, 17 Eur., Enferm. (Del 1 a 31) 968,83 Eur.)

- Vacaciones 583,33 Eur.

- Prorrateo Paga (PIP) Marzo 586, 10 Eur.

- PIP Verano 86, 10 Eur.

- PIP Navidad 586, 10 Eur.

+ Preaviso Despido objetivo 15 días; 500.- Eur.

Subtotal 2.841 E. + 500 E. = 3.341 Eur. - 150 E. abonados a cuenta en un solo pago.

Total Cantidad Adeuda a la fecha 3.191 Eur.

Que a las citadas cantidades habrá que sumar el 10% de mora salarial.

CUARTO.- Que a la fecha no se ha puesto a disposición del trabajador cantidad alguna en concepto de Indemnización. Del saldo y finiquito, únicamente las cantidades a cuenta firmadas en recibos independientes.

QUINTO.- Que con fecha 18.8.2014 Dña..... interpuso papeleta de conciliación, celebrándose ante el SMAC el preceptivo Acto de Conciliación el día 4.9.2014 con el resultado de INTENTADO y SIN EFECTO. Se adjunta las Acta como DOC. N°3.

SEXTO.- Que con fecha 21.8.2014 Dña.....interpuso papeleta de conciliación..... ante el SMAC, el preceptivo Acto de Conciliación el día 8.9.2014 con el resultado CELEBRADO y SIN AVENENCIA Se adjunta las Acta como DOC N°4

SÉPTIMO.- Las comparecientes no han desempeñado puesto de representación sindical en el presente año ni en el anterior, y la Empresa tiene menos de 20 trabajadores.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución Española LO. Poder Judicial Código Civil,L. Jurisdicción Social,

Conv. Col. del Comercio e Ind. De Confeitería, Pastelería y Churrería.

FONDO.-Son de aplicación de los Arts. 3,3º; 4,2º, f); 26 y 29, 1º, 3º, 53.1º y 56 del E.T.; Sobre el Derecho al puntual abono e incumplimiento en el pago de las nóminas de las Trabajadoras, generándose el interés por mora salarial del 10% según se deja interesado, El incumplimiento de la puesta a disposición del trabajador de la indemnización de 20 días y concesión del plazo de preaviso de 15 días. La decisión extintiva se considerara improcedente ante la falta de acreditación de la causa en que se fundamenta dicha decisión extintiva ó cuando no se hubieran cumplido los requisitos señalados en el art.51. 1º E.T.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos que se acompañan, se digno admitirlo, tenga por interpuesta, en tiempo y forma, demanda ejercitando acción por DESPIDO y CANTIDAD, contra la empresa;..... y previos los trámites procesales oportunos, señale día y hora para la celebración de los Acto de Conciliación y Juicio, y, en su caso, tras la tramitación del oportuno juicio verbal laboral, dicte Sentencia por la que se declare y califique como IMPROCEDENTE el despido de que ha sido objeto, y se condene a la empresa demandada a que me readmita ó, a su elección, me abone la indemnización, todo ello de conformidad con lo previsto en el núm. 1, párrafo a) del art. 56 del E.T. Igualmente se declare el Derecho al abono y pago de las cantidades reclamadas; de Dña.....; en la cantidad de 1.363,31 Eur, y de Dña..... en la cantidad de 2.691 Eur., por los conceptos indicados y SUBSIDIARIAMENTE en el supuesto de que se declare el Despido Objetivo, se señale la Indemnización correspondiente, y se incremente la cantidad reclamada en el importe correspondiente al PREAVISO; en 547,35 Eur. y 500 Eur, respectivamente. Toda ello más el 10% de mora sobre los conceptos salariales.

OTROSI DIGO: Que a los efectos previstos en el art.21.3 y 80.1.e) de la L.J.S., hago constar que a los actos que se deriven de la presente demanda, asisto dirigida por el Letrado D.....en domicilio profesional en.....

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por hecha tal manifestación a los efectos procedentes, y por designado el domicilio anterior al efecto de comunicaciones.

OTROSI DIGO: Que propone la práctica de los siguientes medios de PRUEBA en el acto del juicio oral:

- interrogatorio de la demandada, en la persona del representante legal de la empresa con facultad para absolver” posiciones, con los apercibimiento legales en caso de no comparecencia.

- Documental, Debiendo requerirse a la Empresa; los recibos de pago y nóminas del año 2013-2014 así como los recibos parciales de las cantidades entregadas a cuenta. No habiéndose entregado copia a las trabajadoras.

- Testifical, a fin de que sean llamados al acto del juicio los testigos que se designaran en escrito aparte.

SUPLICO AL JUZGADO: Admita la prueba propuesta y ordene todo lo conducente para su práctica.

Es Justicia que pido en Madrid a _____

EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL



Juan de la Fuente. Socio de Garrigues

SUMARIO

1. Contenido del derecho de información
2. Requisitos del derecho de información
3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de información
4. Reforma de la LSC por la Ley 31/2014

El derecho de información del socio es un derecho mínimo, inderogable e irrenunciable que aparece reconocido en el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”). Por consiguiente ni tan siquiera los Estatutos Sociales pueden restringir el derecho de información del socio respecto de lo establecido en la Ley.

El derecho de información del socio tiene una aplicación recurrente en muchas sociedades en las que existen determinadas luchas de poder. En tales casos la mayoría puede llegar a adoptar una conducta opresora de la minoría. Se dan así situaciones en las que dicha mayoría controla el órgano de administración y es retribuida por ello, al mismo tiempo que se niega al reparto de dividendos. Incluso se pueden llegar a plantear aumentos de capital con la finalidad de diluir a la minoría, desincentivada para acudir a dicho aumento toda vez que la inversión no tendrá ningún retorno económico. En estas situaciones la mayoría se ve tentada de hacer valer esa condición para cerrar la puerta a la minoría a puestos en el órgano de administración, a cualquier relación laboral, y también, en lo que ahora nos ocupa, a la información societaria.

Pero por otro lado la minoría del capital en determinadas ocasiones esgrime sus derechos con el único objetivo de obstaculizar la marcha de la sociedad. Y en este contexto se llegan a producir peticiones injustificadas de información que van seguidas de impugnaciones de acuerdos sociales invocando como motivo, precisamente, el no haberse atendido dichas solicitudes.

Seguidamente vamos a analizar el derecho de información del socio en las sociedades de capital, particularmente en la Sociedad Anónima (“S.A.”) y en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (“S.L.”).¹

CONTENIDO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

Aunque la regulación no es exactamente coincidente, el derecho de información de los socios, tanto de una S.L. como de una S.A., se traduce básicamente en lo siguiente.

- Derecho de acceso, a partir de la convocatoria de la Junta General, a los documentos que van a ser sometidos a la aprobación en la Junta.
- Derecho a que en la convocatoria de la Junta General se haga referencia a este derecho de acceso documental.
- Posibilidad de solicitar informaciones o aclaraciones y hacer preguntas antes y durante la Junta General respecto de los puntos del orden del día.

El ejercicio del derecho antes de la Junta no impide su posterior ejercicio también durante la asamblea; tampoco la circunstancia de que las cuentas anuales estén auditadas, puesto que son los socios los que deben aprobar

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Normas básicas. Marginal: 109184). Arts.; 93, 168, 172, 196, 197.3, 197.5, 197.6, 206.1, 254, 265, 272, 272.3, 279 a 284, 495.2 a), 519.1, 519.3, 520.1 y 520.2
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. (Normas básicas. Marginal: 6924058)
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (Normas básicas. Marginal: 6929196)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 390 y ss

“Los socios titulares de al menos el 5% del capital de una S.L. tienen derecho al examen en el domicilio social, asistidos por experto contable, de los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales, lo que no es posible en el caso de una S.A.”

¹ En determinados momentos nos referiremos a algunas particularidades de las sociedades anónimas cotizadas, sin ánimo de exhaustividad.

“En el caso de vulneración del derecho de información ejercitado antes de la Junta General, si la misma no era esencial no cabrá la impugnación del acuerdo social tomado”

las cuentas. De ahí la necesidad de que los socios estén debidamente informados, de primera mano.

En caso de peticiones previas a la

Junta la contestación puede realizarse por la sociedad hasta el día de celebración de la Junta. **En el caso de la S.A. la petición previa debe hacerse con siete días**



de antelación al previsto para la celebración de la Junta; y si la solicitud se lleva a cabo durante la Junta, podrá contestarse en los siete días siguientes.²

En todo caso podrá denegarse la información por causa justificada, para proteger el interés social, salvo que la solicitud provenga de socios con el 25% del capital o un porcentaje superior. La invocación del interés social debe hacerse en el momento en que se rechace la petición de información, ya sea antes o durante la Junta General. En el caso de la S.A. sus Estatutos pueden establecer un porcentaje inferior al 25%, pero que sea superior al 5%.

- En el caso de que la sociedad no esté obligada a auditarse, los socios titulares del 5% del capital pueden solicitar el nombramiento de auditor (artículo 265 LSC). Tras la aprobación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, la petición no sólo se puede hacer al Registrador Mercantil sino también, a partir de dicha norma, al Juzgado de lo Mercantil.
- Posibilidad de instar la celebración de Junta General si se dispone del 5% del capital y se realiza la petición por medio de requerimiento notarial (artículo 168 LSC). Con la aprobación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria la solicitud se sigue pudiendo hacer en el Juzgado de lo Mercantil, pero también a partir de ahora ante el Registro Mercantil.³

² En el caso de la S.A. cotizada cabe la solicitud de información hasta cinco días antes de la Junta, no siete; y por otro lado, las preguntas y respuestas se deben publicar en la web de la sociedad, que es obligatoria (artículo 520.1 y 520.2 LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014). Existen además otras diferencias, que suponen una mayor información del socio, como la necesaria elaboración y difusión del informe anual de gobierno corporativo y del informe anual sobre las remuneraciones de los consejeros.

³ La S.A. cotizada presenta como particularidad que la petición puede proceder del 3% del capital, en lugar del 5%. (artículo 495.2 a) LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014).

Además, **también lleva consigo el acceso a información relevante el propio hecho de que la sociedad debe publicar las cuentas anuales aprobadas mediante su depósito en el Registro Mercantil** (artículos 279 a 284 LSC). En caso de omisión de esta obligación puede llegar a producirse el cierre del Registro Mercantil así como la imposición de sanciones. **Estas cuentas deben reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la compañía, de manera que proporcionen una información real** (artículo 254 LSC).

Existen algunas **diferencias**, no obstante, en el derecho de información según nos encontremos ante una S.L. o una S.A.

- Conforme al artículo 272.3 LSC, **los socios titulares de al menos el 5% del capital de una S.L. tienen derecho al examen en el domicilio social, asistidos por experto contable, de los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales, lo que no es posible en el caso de una S.A.** Se trata, no obstante, de un derecho que puede ser excluido en los Estatutos Sociales de cualquier S.L.
- Por su parte, en la S.A., los socios titulares del 5% pueden solicitar el complemento de la convocatoria de la Junta General, incluyendo nuevos puntos en el orden del día (artículo 172 LSC). La petición debe hacerse en los cinco primeros días desde la convocatoria y el complemento ha de publicarse con 15 días de antelación a la reunión.⁴

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2015, núm. 406/2015, N° Rec. 1480/2013, (Marginal: 69477158)
- Sentencia de la audiencia Provincial de León de fecha 24 de julio de 2014, núm. 154/2014, N° Rec. 163/2014, (Marginal: 69299866)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de enero de 2014, núm. 12/2014, N° Rec. 809/2012, (Marginal: 69477161)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 3 de mayo de 2013, núm. 138/2013, N° Rec. 634/2012, (Marginal: 69477160)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2013, núm. 531/2013, N° Rec. 1643/2010, (Marginal: 2443159)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de junio de 2012, núm. 377/2012, N° Rec. 2003/2009, (Marginal: 69477157)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2011, núm. 846/2011, N° Rec. 1765/2008, (Marginal: 2352693)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2011, núm. 858/, N° Rec. 1764/2008, (Marginal: 2353260)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2011, núm. 204/2011, N° Rec. 2173/2007, (Marginal: 2269006)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2010, núm. 766/2010, N° Rec. 932/2007, (Marginal: 2256216)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 28 de julio de 2009, núm. 117/2009, N° Rec. 148/2008, (Marginal: 69477159)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2005, núm. 664/2005, N° Rec. 1121/1999, (Marginal: 235194)

REQUISITOS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

El derecho de información no es ilimitado, sino que: (i) su

ejercicio debe guardar relación con el orden del día, (ii) debe llevarse a cabo en tiempo y forma, (ii) no puede ser contrario al interés social, y (iv) tampoco

⁴ De nuevo en el caso de una S.A. cotizada el porcentaje es del 3% (artículo 519.1 LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014). El complemento del orden del día tiene la particularidad además de que no puede solicitarse respecto de una Junta General extraordinaria (vid. artículo 519.1 LSC). Esos mismos socios titulares del 3% podrán solicitar adicionalmente la inclusión de propuestas de acuerdos en puntos del orden del día ya existentes. Dichas propuestas se publicarán en la página web de la sociedad anónima cotizada. (vid. artículo 519.3 LSC).

“El derecho de información no está constreñido por el derecho de voto, sino que se trata de un derecho autónomo llamado también a controlar la gestión de la sociedad y a conocer en detalle la marcha de la compañía”

cabe un ejercicio abusivo del derecho.

En cuanto a la necesidad de esta vinculación con el orden del día,⁵ la cuestión es salvable si en dicho orden del día figura un apartado de “ruegos y preguntas”, ya que el mismo permitirá realizar preguntas diversas. Además, como hemos visto, en caso de disponer de un 5% del capital podrá solicitarse la

celebración de Junta General, y, en el caso de la S.A., pedir un complemento de la Junta con inclusión de nuevos puntos del orden del día.

En ambos casos -solicitud de Junta y complemento de Junta si se trata de S.A.- se ha admitido finalmente el debate de puntos del orden del día meramente informativos, que no finalizarán con ninguna votación concreta.

– Respecto del complemento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012 permite incluir puntos informativos, admitiendo así que el derecho de información es un fin en sí mismo. En el caso concreto resuelto por la Sentencia la sociedad anónima demandada no publicó el complemento solicitado por socios titulares de más del 5% del capital, el cual contenía puntos del orden del día simplemente informativos. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra el 28 de julio de 2009, afirma que el derecho de información es autónomo, no sólo vinculado al derecho de voto, y una de sus finalidades es evitar la opacidad por parte de los administradores de la sociedad.

– En cuanto a la solicitud de convocatoria de Junta General con

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- SANCHEZ CALERO, FERNANDO. *La junta general en las sociedades de capital (Estudios y Comentarios de Legislación)*. Ed. Thomson. 2007

Disponible en: www.ksp.es

- JUAN FRANCH FLUXÀ. *Reforma y armonización de la fiscalidad de los grupos societarios europeos*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2009
- GARCÍA MANZANO, IRIS. *Protección jurídica de la empresa en crisis*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2012

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CONDOMINES, JAVIER. *El derecho de información del socio en las anónimas y limitadas*. *Economist&Jurist* N° 62. Julio - Agosto 2002. (www.economistjurist.es)
- ORTEGA BURGOS, ENRIQUE Y MARÍN FERNÁNDEZ, VICENTE. *Real Decreto de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital*. *Economist&Jurist* N° 160. Mayo 2012. (www.economistjurist.es)

⁵ La S.A. cotizada vuelve a ser una excepción, puesto que la información no se tiene que limitar a temas relacionados con el orden del día, sino que puede versar sobre cualquier cuestión relacionada con la vida social que haya sido comunicada por la compañía a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la última Junta (artículo 520.1 LSC).

asuntos sólo informativos citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015. **Los socios titulares del 48,79% del capital solicitaron la convocatoria de Junta General con determinados puntos del orden del día informativos que luego, sin embargo, no se debatieron.** El Tribunal Supremo considera que se vulneró el derecho de información del socio y por ello revoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2013 que había entendido que sólo había que tener en cuenta puntos que conllevaran una concreta votación.

Por lo que respecta a un posible ejercicio abusivo del derecho de información, se trata de una materia muy casuística. Habrá de tenerse en cuenta el volumen de información solicitada, y el momento en que se realiza la misma, a los efectos de determinar si lo que se busca en realidad es entorpecer la marcha de la sociedad o preconstituir artificialmente un motivo de impugnación de los acuerdos sociales.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Por regla general durante años se ha considerado que el derecho de información del socio no le permitiría el acceso a más documentación que la que tiene derecho a obtener conforme a la propia ley, como pueden ser las cuentas anuales junto con, en su caso, el informe de gestión y el informe de auditoría.

Ello implicaba que el socio podía realizar preguntas, pedir aclaraciones y demás explicaciones e informaciones, pero sin que ello le facultara para disponer de documentos adicionales a los efectos de comprobar la exactitud

de la respuesta. Ello a salvo, naturalmente, del derecho de la minoría titular del 5% de una S.L. de examinar la contabilidad soporte en el domicilio social.

Sin embargo en los últimos años se han dictado una serie de Sentencias por parte del Tribunal Supremo que acercan el régimen de la S.L. al de la S.A., puesto que, aunque en la Ley no se contempla para la S.A. el examen de la contabilidad en los términos del artículo 272 LSC, estas resoluciones admiten que, a resultados del ejercicio del derecho de información, se obtenga más documentación de la S.A.

Este derecho de acceso a cierta documentación de detalle de la S.A. se ha consagrado, bajo determinadas condiciones, en diferentes Sentencias del

Tribunal Supremo, fundamentalmente a partir del año 2010, culminando esta corriente jurisprudencial con la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013.

La controversia versaba sobre los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales de 2006 y 2007 tomados en la Junta General de 16 de junio de 2008 de una sociedad de carácter familiar denominada Cementos Aliaga, S.A. Un socio titular del 25% del capital había solicitado antes de la Junta abundante información contable, bancaria y fiscal de la compañía. Disconforme con la información recibida, procedió a impugnar los acuerdos. Su impugnación fue estimada en primera instancia, pero desestimada en apelación. El Tribunal Supremo acogió finalmente el recurso del demandante



y apreció la nulidad de los acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio.

Es interesante el repaso que hace el Tribunal Supremo respecto de los requisitos del ejercicio del derecho de información: (i) relación con el orden del día, (ii) ejercicio en tiempo y forma, (iii) no contrariedad al interés social, y (iv) no ejercicio abusivo.

- En cuanto a la relación con el orden del día, esta Sentencia es reseñable al aludir a que **el derecho de información no está condicionado por el derecho de voto, sino que se trata de un derecho autónomo llamado también a controlar la gestión de la sociedad y a conocer en detalle la marcha de la compañía.** Ello se justifica en el carácter cerrado de la compañía, en cuya gestión no participaba el actor, así como en las dificultades de desinversión de éste, que potencian su derecho de información.

El objetivo de la información no es por lo tanto exclusivamente su utilización para la determinación del sentido del voto, sino el control de los deberes de diligencia, lealtad y fidelidad de los administradores.

- La Sentencia del Tribunal Supremo también destaca que el ejercicio del derecho de información debe producirse tempestivamente. En el caso de la S.A., si es antes de la Junta, hasta los siete días anteriores a la celebración de la reunión. Sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar el derecho también durante la Junta.
- **Y en cuanto al interés social, el cual se puede invocar para denegar la información salvo que**

los peticionarios sean titulares del 25% del capital o más, es muy ilustrativo que el Tribunal Supremo indique que el mismo no puede confundirse ni tiene nada que ver con el posible interés de los administradores en esconder determinados aspectos de su gestión.

- Por último, en el caso concreto se descartó que existiera un ejercicio abusivo del derecho, como habría sucedido en el caso de una petición indiscriminada de información, sin previo aviso, durante el transcurso de la propia Junta. La petición se formuló antes de la Junta General con tiempo suficiente para que la documentación hubiera sido recopilada y facilitada. El Alto Tribunal sostiene que no era necesario reproducir la petición en este caso durante la Junta porque, al tratarse de una gran cantidad de información y documentación pendiente, no habría sido posible entregarla en dicho momento por la sociedad, la cual ya sabía con anterioridad de la solicitud del socio y no había atendido la misma.

En la misma línea el Tribunal Supremo ya había dictado otras Sentencias similares relacionadas con sociedades del Grupo SIMAVE (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2011, de 21 de noviembre de 2011, y de 30 de noviembre de 2011 y con la mercantil VIASA y Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2010 y de 21 de marzo de 2011). Incluso también existe otra Sentencia del Tribunal Supremo más antigua, de 26 de septiembre de 2005, relativa a la sociedad Eladio Martínez Alonso, S.A.

Con posterioridad se han dictado Sentencias de Audiencias Provinciales que aplican esta doctrina a sociedades anónimas cerradas. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial

de León de 24 de julio de 2014 y también de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014.

REFORMA DE LA LSC POR LA LEY 31/2014

Hasta el momento hemos visto cómo la regulación del derecho de información en la S.L. y en la S.A. era hasta fechas recientes muy similar, siendo **las principales diferencias el derecho de examen de la contabilidad por la minoría en la S.L. y la posibilidad de solicitar esa misma minoría el complemento de la Junta General con la inclusión de nuevos puntos del orden del día, en el caso de la S.A.**

También hemos constatado que la equiparación ha sido todavía mayor a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la obtención de documentación contable, bancaria y fiscal de una sociedad anónima cerrada, normalmente de carácter familiar. Por lo tanto, la principal diferencia se mantenía en cuanto a la posibilidad de solicitar el complemento de la Junta General en el caso de la S.A., lo que no está previsto para la S.L.

Pues bien, **tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, esas diferencias se han incrementado**, al mismo tiempo que, con carácter general, se ha visto afectado el derecho de información del socio tanto respecto de una S.A. como de una S.L.

- En primer lugar, **la reforma enfatiza la posibilidad de denegar información tanto antes como durante la Junta General de la S.A. a socios titulares de menos del 25% del capital.**

Hasta la Ley 31/2014 se aludía al interés social como **causa justificada**

cativa de denegación. Sin embargo, tras la reforma se establecen los siguientes motivos (artículo 197.3 LSC): (i) **tratarse de información innecesaria para la tutela de los derechos del socio,** (ii) **existir riesgo suficiente de utilización de la información para fines extrasociales y** (iii) **producirse perjuicio a la sociedad o sociedades vinculadas.**

Los dos primeros supuestos guardan relación con un ejercicio abusivo del derecho o contrario a sus fines. Se trata de un límite que, como hemos visto, aunque no estaba mencionado en la anterior normativa, ni para S.A. ni para S.L., era pacíficamente admitido. Piénsese en el caso de una solicitud

de una información que ya figura claramente en las propias cuentas anuales, o es conocida por el peticionario por haber sido administrador de la compañía, etc.

Por su parte, la novedosa mención a un posible perjuicio a la sociedad o a sociedades vinculadas no dista mucho de la antigua referencia a la protección del interés social, que es la que se mantiene para la S.L. en el artículo 196 LSC. Esta situación se da en ocasiones ante peticiones de información sensible por parte de un socio competidor.

Por su parte, en el nuevo artículo 197.6 LSC se advierte ahora que la utilización abusiva o perjudicial de la información por el accionista

le hace responsable de los daños y perjuicios que cause a la S.A. Pero esta mención no era tampoco realmente necesaria, pues la utilización de la información en perjuicio de la sociedad, ya sea S.A. o S.L., se venía entendiendo que debía traer consigo estas mismas consecuencias que ahora la ley enfatiza en el caso de la S.A.

– En segundo lugar tenemos que, **hasta la reforma, la vulneración del derecho de información del socio tenía básicamente como remedios la impugnación del acuerdo social y la exigencia de responsabilidad al órgano de administración.** Sin embargo, **ahora resulta que en muchas ocasiones no será posible la**

SUSCRÍBASE

Fiscal & Laboral al día



Teléfono: 917 374 640
Vía email: cartera@difusionjuridica.es

Suscripción a Fiscal & Laboral digital por 99 € * al año
Acceso ilimitado a la web de Fiscal & Laboral

Razón Social _____		NIF _____	
Apellidos _____		Nombre _____	
Calle / Plaza _____		Número _____	C.P. _____ Población _____
Provincia _____	Teléfono _____	Móvil _____	
e-mail _____		Fax _____	
Nº de cuenta _____	Entidad _____	Oficina _____	Control _____ nº de cuenta _____
Firma _____			

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

* I.V.A. no incluido.

No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

impugnación del acuerdo, previendo la Ley otras soluciones, o incluso ninguna.

- Conforme a la nueva regulación es preciso disponer de un 1% del capital para poder impugnar cualquier acuerdo social -o el porcentaje inferior que señalen los Estatutos- (artículo 206.1 LSC).⁶
- Además, **si el derecho de información se ejercitó antes de la Junta General y no se atendió debidamente, sólo**

se podrá impugnar el acuerdo -si se es titular, naturalmente, del porcentaje suficiente del capital- en el caso de que la información no facilitada, incorrecta o insuficiente sea esencial para el ejercicio del derecho de voto u otros derechos de participación del socio.

Este carácter esencial o no de la información se determinará en una fase inicial del procedimiento judicial como cuestión incidental de previo pronunciamiento.⁷ Si se determina

que la información denegada, incorrecta o insuficiente no era esencial, y por lo tanto no procede seguir con la impugnación, la norma no contempla ningún mecanismo de protección para el socio. Podrá valorar por lo tanto, todo lo más, la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores. Para ello deberá demostrar la conducta antijurídica y el daño directo sufrido a resultas de aquella.

- **Si la vulneración del dere-**



⁶ En el caso de una S.A. cotizada el porcentaje es del uno por mil (artículo 495.2 b) LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014).

⁷ La cuestión está regulada en los artículos 390 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este incidente suspende el curso del procedimiento y se resuelve tras una contestación escrita y celebración de vista. Si se acuerda poner fin al procedimiento el Auto que se dicte será recurrible en apelación. Si el Juzgado resuelve que procede continuar, la decisión no es recurrible, sin perjuicio de reproducir la cuestión al apelar la Sentencia definitiva.

cho de información se produce durante la Junta General la solución pasa a ser distinta en el caso de la S.L. y de la S.A.

- Si nos encontramos en una S.A., aunque se incumpla el derecho de información, no cabrá impugnación del acuerdo, sino únicamente solicitar la entrega forzosa de la información y el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos (artículo 197.5 LSC).⁸
- Sin embargo, en el caso de una S.L., no existe ninguna previsión de remedios distintos a la impugnación, por lo

que si hay infracción del derecho de información ejercitado durante la Junta, cabrá la impugnación del acuerdo social si se dispone del porcentaje correspondiente del capital. Ni tan siquiera se precisa en este caso que la información deba ser esencial, lo cual es llamativo. No se alcanza ciertamente a comprender que la esencialidad sí constituya un requisito para el caso de petición de la información previa a la Junta General de la S.L. y no lo sea si la solicitud se realiza durante la celebración de la misma.

Así pues, **tras la reforma intro-**

ducida por la Ley 31/2014 resulta que se limitan las posibilidades de impugnar acuerdos sociales, y más aún cuando el motivo de la impugnación es la infracción del derecho de información del socio.

En particular, **en el caso de vulneración del derecho de información ejercitado antes de la Junta General, si la misma no era esencial no cabrá la impugnación del acuerdo social tomado.** Y si la petición de información se realizó durante la Junta General, sí se podrá impugnar el acuerdo adoptado en una S.L., pero no el de una S.A. En este segundo caso sólo se podrá pedir judicialmente el acceso a la información denegada así como el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. ■

CONCLUSIONES

- A modo de conclusión hemos de indicar que en materia de derecho de información existe una sustancial diferencia entre la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la posterior reforma de la Ley de Sociedades de Capital
- Por un lado el Tribunal Supremo ha ampliado el objeto del derecho de información en sociedades anónimas cerradas. Sin embargo, la Ley 31/2014 ha venido a restar fuerza al derecho de información, al destacar las posibilidades de su denegación y al limitar las consecuencias de su infracción
- Mientras que antes de la reforma legal cualquier socio podía impugnar un acuerdo social por vulneración del derecho de información, tras la Ley 31/2014 se hace preciso disponer del 1% del capital. Adicionalmente, si la petición de información denegada fue anterior a la Junta, dicha información tendría que haber sido esencial para justificar la impugnación del acuerdo tomado con posterioridad. Y, en el caso de la S.A., si la denegación de información se produjo durante la Junta General, la Ley directamente establece que ello no será motivo de impugnación del acuerdo social, con independencia de la entidad de la vulneración del derecho de información
- En realidad se trata de dos posiciones que no son del todo incompatibles. Es posible que el derecho de información en una sociedad anónima cerrada se amplíe, como ha establecido el Tribunal Supremo, y por otro lado se limiten los medios de defensa en caso de vulneración del derecho de información. Pero no deja de ser curioso que después de que los tribunales hayan potenciado el contenido del derecho de información, el legislador haya reaccionado limitando los remedios frente a su incumplimiento

⁸ Entiendo, dado el tenor de la norma, que la posibilidad de obtener la información no se supedita a que se disponga del porcentaje necesario para impugnar el acuerdo social. Por otro lado, hay que decir que el camino a esta solución se abrió con la reforma del año 2003 del artículo 197 LSC, cuando se introdujo para la S.A. la posibilidad de contestar en los siete días siguientes si la información solicitada era compleja. Ahora, con la reforma legal, sea la información sencilla o complicada de responder, no se podrá impugnar el acuerdo si no se contesta sino que el derecho del socio se limita a la obtención de la información -además, naturalmente, del resarcimiento de daños y perjuicios por el retraso si la demora fue injustificada-

ACTUACIONES Y PLAZOS PROCESALES BÁSICOS PARA EL ADMINISTRADOR CONCURSAL



Jordi Albiol. Socio del área Concursal de RCD – Rousaud Costas Duran
Cristian Valcárcel. Abogado del área Concursal de RCD – Rousaud Costas Duran

	ORDINARIO	ABREVIADO ¹
Aceptación, aportación recibo seguro, indicación correo electrónico concurso	5 días a contar desde la comunicación del nombramiento	
Comunicación individualizada a cada uno de los acreedores (Art. 21.4 LC)	<p>Por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónico del acreedor.</p> <p>Se informa de la declaración de concurso y de la obligación de comunicar los créditos.</p> <p>Comunicación a la AEAT y a la TGSS</p>	
Presentación Informe Aranceles Provisionales	5 días a contar desde aceptación del cargo ² . Tomando en consideración el activo y pasivo declarado en la solicitud de declaración de concurso	
Presentación Inventario de bienes (Art.191.1 LC)		Dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo
Comunicación de créditos por parte de los acreedores (Art. 21.1.5° LC)	1 mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE de la declaración de concurso	1 mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE de la declaración de concurso

¹ Cabe tener presente las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio (Art. 191 bis LC), y en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación (Art. 191 ter LC). Asimismo, los plazos del procedimiento abreviado son los que, con ciertas especialidades, aplica el concurso consecutivo tras la solicitud, tramitación y, en su caso, no consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos (Art. 231 a 242 bis LC).

² Dicho plazo no se regula ni en la LC ni en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, pero su aplicación es generalizada en muchos Autos de declaración de concurso. A tener en consideración en cuanto se trata de un crédito contra la masa.

Presentación Informe Provisional	2 meses a contar desde la fecha de aceptación ³ (Art. 74 LC)	1 mes a contar desde la fecha de aceptación (Art. 191.2 LC)
Publicidad del Informe*	10 días previos a la presentación del informe. Comunicación electrónica (Art. 95.1 LC)	5 días previos a la presentación del informe. Comunicación electrónica (Art. 191.3 LC)
Impugnación del inventario o de la lista de acreedores (Art. 96.1 LC)	10 días a contar desde notificación (en caso de estar comparecidos) o, en su caso, publicación en el BOE	
Contestación a incidentes por parte de la Administración Concursal	10 días desde emplazamiento, en la forma prevenida en el artículo 405 LEC (Art. 194.3 LC)	Tramitación mediante pieza separada, sin incoar incidente. 10 días para comunicar si se acepta la pretensión. En caso contrario, contestación al incidente (Art. 191.4 LC)
Presentación Textos Definitivos	Dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de los incidentes (Art. 96.5 LC)	10 días desde notificación impugnaciones si se aceptan. En caso contrario, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la última de las sentencias resolutoria de los incidentes (Art. 191.4 LC)
Modificaciones tras presentar Textos Definitivos	Supuestos previstos en el Art. 97 LC. Informar al Juzgado en el plazo de 5 días sobre la solicitud. Posibilidad incidente concursal (Art. 97 bis LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)
Presentación Informe Aranceles Definitivos	Junto con los Textos Definitivos o previo requerimiento en el Auto que apertura la fase de convenio o de liquidación	
Evaluación propuesta de convenio	10 días desde traslado de la propuesta, en relación al contenido, plan de pagos y plan de viabilidad (Art. 115.1 LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)

³ En caso de solapamiento con el plazo para comunicar créditos por parte de los acreedores, el plazo para presentar el informe provisional concluirá a los 5 días de haber concluido aquél (el de comunicación de créditos por parte de los acreedores), conforme el artículo 74.2.2 LC. No se trata de una prórroga, sino de una forma diferente de computar el plazo para presentar el informe en aquellos casos en los que concluye antes el plazo para comunicar los créditos. Se aplica tanto al procedimiento ordinario como al abreviado.

Presentación plan de liquidación	Dentro de los 15 días siguientes a la apertura de la fase de liquidación, salvo que se acompañe con el informe provisional (Art. 148 LC)	Dentro de los 10 días siguientes a la apertura de la fase de liquidación (Art. 191.6 LC)
Informe Calificación del concurso	Dentro de los 15 días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados ⁴ (Art. 169 LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)
Informes trimestrales	Cada 3 meses a contar desde la apertura de la fase de liquidación (Art. 152 LC)	No se prevén. Las operaciones de liquidación no podrán durar más de 3 meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más (Art. 191.6 LC)
Informe final de las operaciones de liquidación	Una vez concluida la sección de calificación y siempre que no existan acciones viables de reintegración ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas (Art. 152.2 LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)
Comunicación de que la masa activa resulta insuficiente para satisfacer los créditos contra la masa. Conclusión por insuficiencia de masa	Tan pronto como conste. Modificación pago de los créditos contra la masa (Art. 176 bis 2 y 3 LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)
Dotación a la cuenta de garantía arancelaria y comunicación al Letrado de la Administración de Justicia	Antes de la presentación del Informe de Rendición de Cuentas (Art. 34 quater LC)	
Informe de Rendición de Cuentas	En todos los informes previos al Auto de conclusión del concurso (Art. 181 LC)	Idem procedimiento ordinario (Art. 191 quáter)

⁴ No procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

CÓMPUTO DE PLAZOS

La LC no contiene normas respecto al cómputo de los plazos, por lo que debemos acudir a las normas generales previstas en la LEC.

Los plazos determinados por meses se computarán de fecha a fecha –sin excluir los días inhábiles-, y en los señalados por días se computarán exclusivamente los días hábiles – excluyendo los inhábiles-, salvo en el caso previsto en el art. 64.5 LC.



**Desde la entrada en vigor de la 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, además de la comunicación inicial a los acreedores solicitando la correspondiente insinuación de sus créditos y de la comunicación del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, cabe realizar las siguientes comunicaciones por correo electrónico a lo largo del procedimiento concursal:*

- Relación de las solicitudes de rectificación o complemento del proyecto de inventario o de la lista de acreedores (Art. 95.1 LC).
- Informe Provisional y documentación complementaria (Art. 95.2 LC).
- Textos Definitivos -detallando créditos contra la masa devengada, pagada y pendiente de pago- (Art. 96.5 LC).
- Informe desfavorable o con reservas de la propuesta de convenio (Art. 107.2 LC).
- Escritos de evaluación de la propuesta de convenio emitidos antes o después de la presentación del Informe Provisional (Art. 115.2 LC).
- Informes trimestrales de liquidación (Art. 152.1 LC).
- Informe de Rendición de cuentas (Art. 133.2 y 152.2 LC). ■

¿QUÉ TENGO QUE HACER PARA PARECER MENOS JOVEN?



Juan Carlos Jiménez Aznar. Abogado de Servicios Legales PG.

SUMARIO

1. Liderazgo
2. Marca Personal
3. Apariencia Física



Buscamos a un abogado o abogada con experiencia de entre 3 a 5 años para nuestra área de Mercantil Financiero / Se necesita abogado generalista con experiencia en derecho bancario y en sala, de al menos 3 años / Importante despacho de ámbito nacional busca un abogado o equipo de abogados con un mínimo de 6 años de experiencia en el área fiscal.

Probablemente seas un joven abogado, estés buscando despacho donde comenzar a trabajar para tener tus primeros ingresos y te encuentras constantemente con este tipo de anuncios que reducen el puesto ofertado a abogados con varios años de experiencia. Querido compañero, o mientes en tu curriculum vitae o ese puesto no es para ti. Te seré franco, no tengo la solución para que te contraten los despachos que lanzan este tipo de ofertas, pero sí que te daré una buena noticia, **la mayoría de despachos lo que buscan es un abogado profesional, competente y maduro, y estas características son perfectamente compatibles con tu juventud.** De hecho, esta se percibe en ocasiones más como una virtud que como un defecto y tú serás el único responsable para que tu juventud sea apreciada como un valor añadido. Pese a que tu escaso bagaje profesional no sea excluyente para prestar un buen servicio jurídico, es cierto que, en determinados casos, esa juventud nos juega una mala pasada, y es que hay cosas que no nos enseñaron en la Facultad de Derecho, ni en el Máster de Acceso a la Abogacía. Pero como ocurre con otras profesiones, el éxito deja pistas, y además de aprender de tus errores, puedes también aprender de los errores de otros que ya han recorrido el camino, y así avanzar más veloz y mejor.

Lo primero que vas a hacer es tomar conciencia que tu juventud no es una limitación, sino una oportunidad, y para ello debes desprenderte de una serie de creencias erróneas que te presento a continuación como los 3 mitos del abogado joven:

– **1^{er} Mito.- Los despachos de abogados solo quie-**

“Administrar es hacer las cosas bien; liderar es hacer las cosas correctas”

ren profesionales con mucha experiencia. Quizás esto ocurra con puestos que exigen una máxima responsabilidad, pero la mayoría de los despachos lo que valoran son las ganas y el entusiasmo del abogado por encima de la experiencia. No hace mucho realicé una entrevista de trabajo para entrar en un bufete y uno de los puntos donde más interés demostró el entrevistador era en mis planes personales a corto plazo, si estaba casado, si tenía hijos, si tenía una casa en propiedad con hipoteca... El entrevistador no pretendía inmiscuirse en mi vida privada sino cotejar que mis intenciones profesionales, en cuanto a mi entusiasmo por trabajar, no se verían afectadas por cargas familiares o deudas a largo plazo. No pretendo transmitirme la idea que los jefes no quieren abogados con hijos o hipotecas, pero esto que me ocurrió no solo me ha pasado a mí, de modo que ten en cuenta que hay despachos que priman este aspecto por encima de otros.

– **2^o Mito.- Los clientes solo quieren contratar a abogados experimentados.** Si bien es cierto que mu-

“Posees virtudes y hay aspectos de tu personalidad que te hacen irreplicable y atractivo para algunas personas; trata de poner el foco en identificarlos y articularlos”

chos clientes confían sus asuntos a abogados de prestigio, no lo es menos, que cada vez más clientes prefieren contratar a abogados jóvenes porque perciben que le dedican más tiempo a sus casos, no ponen trabas a mantener reuniones con ellos, y tienen mayor disponibilidad para hablar por teléfono. De ahí que conciben que si se le presta atención continua se le estará dedicando mucho tiempo a su asunto. Ellos saben que son tus primeros clientes y que el “boca a boca” sigue siendo muy importante en nuestra profesión, por eso confían en que tu empeño por obtener una buena fama y reputación provocará que trates su problema con la importancia que ello requiere, aunque la cuantía o trascendencia no sea muy elevada.

– **3^{er} Mito.- Los jueces y demás funcionarios del Juzgado no tienen respeto por los jóvenes abogados.** No puedo estar en mayor desacuerdo con esta creencia, y sin embargo, la escucho constantemente a muchos compañeros. Lo que un Juez no soporta son determinados comportamientos que los abogados, yo me incluyo, hemos tenido durante un procedimiento. Resumiendo mucho, estos son algunos de los comportamientos que debemos evitar para no poner al Juez en nuestra contra:

- Falta de puntualidad
- Que repitamos las mismas preguntas
- Que no conozcamos bien el procedimiento
- Que los aburramos con alegatos interminables

Algo que cualquier persona siempre te agradecerá es un trato amable, y en esto solemos fallar cuando se hace una solicitud a un funcionario. Aunque te la deniegue, tu trato amable y educado debe prevalecer siempre. Quizás no en la primera ocasión, pero en la próxima te dará mejor resultado. La amabilidad es gratis, y ante el personal de la Administración de Justicia genera unos resultados óptimos. No merece la pena sacrificar el poco margen que tienes de “simpatía procesal” por una simple cuestión de orgullo.

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados (Volumen 1)*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2008
- TUSET DEL PINO, PEDRO. *El contrato de trabajo especial de los abogados*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GARCÍA RAMÍREZ, JULIO. *Las claves de un despacho de abogados excelente*. Economist&Jurist N° 147. Febrero 2011. (www.economistjurist.es)
- ARRIBAS SÁNCHEZ, BELÉN. *La lucha en el posicionamiento de los despachos de abogados*. Economist&Jurist N°. 196. Diciembre – Enero 2015. (www.economistjurist.es)

Una vez que hayas logrado desprenderte de estas tres creencias que te limitan, estás en disposición de que te tomen en serio y generes la confianza necesaria con tu profesionalidad. Más que centrarte en parecer menos joven, pon el foco en parecer más maduro. Aquí es donde marcarás la diferencia. Como te decía anteriormente, el éxito deja pistas, y lo que yo he tardado en aprender seis años gracias a mis errores y los de compañeros, te lo voy a sintetizar en tres prácticos consejos:

LIDERA

No es requisito indispensable contar con muchos años de experiencia para liderar eficazmente. Si actúas como un líder, tanto tus clientes como tus superiores te tomarán en buena consideración. Al igual que no es necesario años de experiencia para liderar, tampoco lo es estar dirigiendo y tener personas a tu servicio. **Una cosa es administrar y otra bien distinta es liderar.** En palabras de Peter Drucker, abogado y tratadista austriaco, considerado el mayor filósofo de la administración del siglo XX, “**administrar es hacer las cosas bien; liderar es hacer las cosas**

“Desde un primer momento tu imagen dice algo, es imposible no comunicar, y la importancia de las primeras impresiones en el terreno de la abogacía también está presente”

correctas”. Si necesitas aparentar mayor edad, bien para captar clientes, bien para ascender en su empresa, lo debes hacer desde el liderazgo y no desde la administración. Administrar y dirigir lo puede hacer cualquiera, liderar no, y es en este aspecto donde destacarás respecto al resto. Los abogados que se limitan a dirigir se centran en procesos mientras que los abogados líderes se centran en las personas. Si quieres captar clientes y parecerles tan persuasivo como un abogado veterano debes tener la capacidad para dominar el



trato con las personas, y hacerles saber que estás con ellas, que pueden confiar en ti.

Si bien la confianza de los demás y la influencia es algo que se genera con el paso del tiempo, es precisamente ahora el momento ideal para innovar, mejorar, crear y buscar la mejor manera para facilitar el objetivo de clientes o compañeros. Para ello es condición “sine qua non” tener confianza en ti, y a partir de ahí trata a las personas desde un plano de igualdad pero sin perder un ápice de seguridad. Cuando estés ante quien pudiera ser un potencial cliente plantea y determina desde la primera cita cuál es el objetivo y qué puedes hacer tú para conseguirlo. **Para transmitir la confianza de un abogado experimentado, debes tener su misma seguridad. A él se la han dado los años de experiencia, tú debes generártela desde la autoconfianza porque si no confías en ti mismo, nadie más lo hará** (salvo que trabajes gratis). Si tu caso fuera el de un abogado de empresa o de una gran firma legal que desea prosperar, también puedes practicar el liderazgo desde tu posición. Precisamente, la prestigiosa revista Forbes en su último número daba un consejo que es perfectamente extrapolables a nuestra profesión: para escalar en una empresa y ser tenido en consideración debes ser autodidacta, sin esperar a que un superior te lo explique todo, aprovechando el abanico de posibilidades que ofrece internet para explorar nuevas tendencias e identificar las áreas de la organización en las que hay deficiencia y ofrecer tu ayuda. Trata de contribuir para llevar esas mejoras a cabo y será percibido el valor que ofreces. **Sea en la forma que sea, el mejor**

consejo para liderar desde cualquier posición es dar más de lo que las personas esperan de ti.

MARCA PERSONAL

Comienza a diseñar tu propia estrategia de marca personal. Una vez más, empieza por ti, siendo honesto contigo mismo. Es difícil que tomen en serio si decides construir tu imagen sobre valores o cualidades que no posees. **Ser natural es la primera obligación para no traicionarte.** Stephen Covey, autor de “*Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*” el que muchos consideran como el mejor libro de empresa, afirmaba “*Si quiero mejorar mi situación, puedo empezar por algo sobre lo que tengo el control: yo mismo*”. Debes entender que posees virtudes y hay aspectos de tu personalidad que te hacen irreplicable y atractivo para algunas personas; trata de poner el foco en identificarlos y articularlos. A partir de estos rasgos puedes configurarte como un abogado único y así te percibirán clientes y agentes jurídicos. Asegúrate que cada paso que des vaya en relación hacia el tipo de abogado en el que quieres convertirte, que sea con disciplina pero nunca alejándote de aquello que es intrínseco a ti. Para localizar aquellas áreas sobre las que puedes construir tu marca puedes comenzar haciéndote la siguiente batería de preguntas: ¿Cómo te describirías profesionalmente en pocas palabras? ¿Te resulta fácil explicar el papel que puedes llegar a desempeñar en un despacho? ¿Qué hay de especial en tu trayectoria profesional o personal que te haga ser cómo eres? Responde con la mayor precisión posible



a estas cuestiones, desarrolla bien tus respuestas y sé muy específico. Estas te ayudarán a tener claro cuál es tu personalidad profesional. Si no tienes claro tus peculiaridades es muy difícil que provoques un impacto profundo en los demás.

Una vez hayas localizado tus roles, estarás en disposición de trabajar tu posicionamiento profesional, que no es otra cosa que gestionar la percepción que generas en los demás para tener la capacidad de influir en la imagen que tienen de ti. En este punto tu obligación es centrarte en los beneficios únicos que puedes proporcionarles. Ten bien identificado qué aportas a clientes o al despacho y evalúa esa contribución. No se trata de algo estático, sino que puedes ampliar tu conocimiento y oferta a medida que vas detectando qué necesitan las personas a las que sirves. Una vez localizadas esas necesidades aprende todo lo que puedas y ofrece nuevas formas de generar beneficios. A la hora de trabajar tu posicionamiento en la mente de las personas te aconsejo que sigas estas acciones:

- Determina cuáles son tus objetivos y tenlos siempre claros
- Establece cuáles son las prioridades y actúa conforme a ellas
- Comunica con claridad. La claridad precede a la persuasión

Una vez consigas identificar qué pueden esperar las personas de ti, podrás ser lo suficientemente competente como para ganarte su confianza.

APARIENCIA FÍSICA

¿El hábito hace al monje? Te lo pregunto porque este punto me parece especialmente controvertido, así que me voy a permitir el lujo de darte mi opinión. Por suerte o por desgracia, **a estas alturas del siglo XXI, y en España,**

los clientes dan valor a la apariencia física de su abogado, cómo va vestido, cuál es su uniforme de trabajo... Y es que se sigue vinculando traje y corbata para los abogados e ir discretamente arreglada para las abogadas. Si te sales de ahí, solo podrás gustar a un número reducido de personas. Precisamente hablábamos en el punto anterior de marca personal, pues si tu estrategia de marca o ámbito de actuación es el de colectivos que restan importancia al uniforme y repudian los formalismos, haces bien en pasar del traje y la corbata, pero si este no es tu caso, no descuides tu imagen. **Desde un primer momento tu imagen dice algo, es imposible no comunicar, y la importancia de las primeras impresiones en el terreno de la abogacía también está presente.** Yo no soy esclavo de mi armario, simplemente hago que mi aspecto trabaje para mí. Aún recuerdo que en el bufete en el que hice mis primeras prácticas una vez finalizadas estas, el jefe me citó para anunciarme que deseaba que continuara allí, *“eso sí”, me dijo, “debes cambiar el chip de estudiante, dejar los vaqueros y las camisas sport en casa”*. ¡Vaya! uno que estaba acostumbrado a ir todos los días en zapatillas de deporte y sudadera y que desde que comenzó las prácticas las había sustituido por zapatos castellanos y camisas, en la vida se imaginaría que estaba siendo percibido con un rol de estudiante. Debo insistir en que soy partidario de que cada uno acuda con la vestimenta que más cómodo se sienta para realizar su trabajo, pero es cierto que en nuestra profesión se trabaja de cara a los clientes, y muchos de estos, por no decir la mayoría, aún entienden que su abogado debe ir formalmente arreglado y acicalado. **Lo que es innegable es que el carácter formalista en la abogacía es mucho más pronunciado que en cualquier otra profesión, de hecho actuamos en Sala con toga y muchos jueces nos exigen guardar un mínimo decoro en la vestimenta.** En más de una ocasión un Juez ha tenido que llamar la atención de un compañero por actuar sin corbata en Juicio. En conclusión, **clientes, jefes y jueces, hoy por hoy, siguen dando importancia a cómo uno va vestido, de modo que si lo que pretendes es parecer más maduro, cuida este aspecto.** ■

CONCLUSIONES

- Espero que a partir de ahora elimines la creencia limitante “soy demasiado joven para...” y comiences a liderar desde la posición que ocupes, trabajes concienzudamente en tu estrategia de marca personal y que tu imagen sea acorde con esta. Tu juventud es fuente de oportunidades no de limitaciones

LA CONTRATACIÓN DE COMERCIALES EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS



Oscar Fernandez de León. Socio Director de Leonarte Abogados

SUMARIO

1. Socio Director de Leonarte Abogados
 - a) Diferencias con otras figuras afines
 - Acciones comerciales desarrolladas por los propios abogados
 - Pago de comisiones por captación o envío de clientes
 - Reparto de honorarios entre abogados
 - b) Beneficios e inconvenientes de la contratación de comerciales
2. ¿Es deontológicamente adecuada la contratación de comerciales por el abogado?



La forma en la que los abogados publicitan sus servicios y captan a sus clientes ha cambiado dramáticamente en el último decenio. El sector, alentado por la liberalización de esta materia, llevada a cabo a través del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por el Real Decreto 658/2001, y muy especialmente por los cambios sociales, económicos y tecnológicos, ha ido evolucionado mediante el empleo de diversas técnicas de publicidad y promoción de sus servicios, tanto directas como indirectas, que antes eran impensables. Hoy, no sorprende encontrarnos con anuncios de prensa escrita o digital, escuchar cuñas de radio o televisión; presenciar patrocinios o intervenciones en cursos, seminarios y jornadas, presentaciones de libros, publicación de artículos de contenido jurídico, y un largo etc. de acciones publicitarias.

Entre estas técnicas de publicidad, se encuentra la contratación de comerciales para la promoción de sus servicios jurídicos, modalidad que, si bien es una realidad en el mercado, ha sido escasamente tratada y tradicionalmente contemplada con recelo por el colectivo de la abogacía. ¿La razón de esta desconfianza? Naturalmente, cuestiones deontológicas que, dependiendo del empleo de la figura, sitúan esta práctica en el riesgo de la comisión de conductas que pueden conducir a una infracción de los principios que regulan, configuran y dan sentido a nuestra profesión.

Expuesto lo anterior, **podemos afirmar sin riesgo de error que en el sector de la abogacía se están contratando a comerciales para la promoción y venta de los servicios que se ofrecen por los despachos a sus clientes.** Ello lo he podido constatar no solo por el conocimiento que dispongo de dicha práctica en algunos despachos, sino igualmente porque basta con realizar una sencilla búsqueda en internet para comprobar que, cada vez con mayor frecuencia, los despachos de abogados ofrecen empleo bajo títulos tan parejos como el de comercial para despacho de abogados, comercial de servicios técnicos y jurídicos, comercial de servicios jurídicos, agente comercial para despachos de abogados, delegado comercial para despachos de abogados, etc.

No hay duda por tanto de que nos encontramos ante una práctica de máxima actualidad.

Por ello, y sobre la base de esta realidad plenamente constatable, y actuando como “notario” de la realidad de los procesos de comercialización de los servicios de nuestro sector, vamos a analizar a continuación de forma objetiva las características de esta novedosa figura para, a continuación, entrar en los aspectos deontológicos de la misma.

“La actuación del comercial promocionando los servicios deberá realizarse con respeto absoluto de las normas de publicidad y prohibición de competencia desleal establecidas en el Estatuto General y en el Código Deontológico”

UNA VISION GENERAL LA CONTRATACION DE COMERCIALES

La contratación de comerciales por parte de un despacho de abogados constituye el empleo de una técnica directa de comercialización de sus servicios, normalmente integrada en un plan de acción comer-

“La retribución del comercial, en caso de establecer incentivos, deberá fijarse en función de objetivos de incremento de facturación o de beneficios del despacho”

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. (Normas básicas. Marginal: 10324). Art. 25
- Código Deontológico de la Abogacía Española. (Legislación General. Marginal: 2937) Arts.; 7, 8, 15 y 19
- Constitución Española. (Normas básicas. Marginal: 1). Art. 24
- Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial. (Normas básicas. Marginal: 44). Art. 236
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. (Normas básicas. Marginal: 10324). Arts.; 31.a) y 84.a)

cial, por la que, a través de la acción promocional de los comerciales debidamente retribuidos, se promueve la contratación de los servicios del despacho por el potencial cliente. Normalmente, dicha promoción de los servicios del despacho puede llevarse a cabo de diversas formas:

- Captando directamente al cliente sin la intervención y apoyo de profesionales de la firma en el proceso de venta.

- Obteniendo y concertando entrevistas con directivos y empresarios (potenciales clientes) para ofrecerles los servicios profesionales del despacho mediante presentación en visita personalizada que efectuarán con el apoyo de profesionales de la firma.

De dicha definición podemos destacar las siguientes características:

- Es una técnica comercial directa.
- Llevada a cabo por los comerciales retribuidos.
- Se integra dentro del Plan Comercial del Despacho.
- Su objetivo es la promoción de la contratación de los servicios del despacho.

Dicha contratación suele llevarse a cabo mayoritariamente al amparo de una relación en la que el vínculo que mantiene el comercial con el despacho es ajeno a una relación laboral por cuenta ajena, predominando la actividad por cuenta propia de aquel (régimen especial de autónomos), si bien, en ocasiones, pueden encontrarse supuestos sometidos a una relación laboral al amparo de alguna de las modalidades contractuales legalmente establecidas.

En cuanto a la naturaleza de la relación contractual, el empleo más habitual es la del contrato (escrito) de arrendamiento de servicios, si bien se observa igualmente, en menor medida, el uso de contratos de agencia y corretaje, que desde una perspectiva jurídica, y a nuestro juicio, serán los contratos adecuados para este tipo de actividad.

Acorde con la finalidad de esta modalidad contractual, uno de los elementos esenciales de la misma es la retribución, que suele venir establecida en función de diversas combinaciones en las que se integran las retribuciones fijas con las variables (debiendo destacarse que cuando en cuanto a las variables nos referimos a los incentivos por cliente captado, por facturación generada o por incremento de la facturación):

- Retribución fija
- Retribución fija + Incentivos (Comisión)
- Incentivos (Comisión)

Expuesto lo anterior, tres son los pilares en los que la in-

Intervención del despacho es vital para una adecuada gestión de la relación profesional con los comerciales: la selección, formación y motivación.

En cuanto a la selección de los comerciales, el perfil del comercial más buscado requiere la concurrencia, al menos, de las siguientes cualidades:

- Disponer de una buena preparación académica en relación con los servicios que ofrece el despacho.
- Capacidad de inspirar confianza.
- Ofrecer una imagen de credibilidad y profesionalidad.
- Capacidad de comunicación.
- Iniciativa.
- Buena presencia.

Centrados en el primer requisito, la mayoría de las ofertas examinadas se centran en la exigencia de una titulación académica o experiencia relacionada con el sector jurídico: licenciados o graduados en derecho, estudiantes del grado de derecho, comerciales con experiencia previa en el sector jurídico, etc., siendo éste elemento esencial de dichas ofertas, pues se pretende contratar al comercial que pueda comenzar más rápidamente con la labor de comercialización, reduciendo así una mayor inversión en formación.

Respecto a la formación de estos comerciales, qué duda cabe que una vez seleccionados, el despacho inicia un proceso de formación en el que éstos deberán realizar una inmersión en el conocimiento de todos los ámbitos de la organización y, sobre todo, de los servicios que se prestan y que serán objeto de promoción y comercialización. La formación es, por tanto, una actividad ineludible para con los nuevos profesionales, pues a través de la misma conseguiremos que éstos transmitan mayor seguridad y credibilidad a los potenciales clientes.

En cuanto a la formación, es indudable que el comercial, para la efectiva realización de su tarea debe disponer de un importante grado de motivación, pues no se entiende cualquier actividad comercial sin la concurrencia de esta exigencia. Para ello, los despachos, con independencia de establecer un sistema de retribución atractivo que vaya en consonancia con los objetivos a fijar, deben de preocuparse, al menos, de los siguientes aspectos:

“La intervención del comercial no deberá suponer un incremento del coste del servicio al cliente finalmente captado”

- Conseguir que el comercial se sienta miembro de la organización.
- Que sea consciente de que su actividad es determinante para la evolución del despacho.
- Darle una formación continua que incremente su autoestima profesional y seguridad, formación que no deberá limitarse a los servicios ofrecidos, sino a métodos y técnicas de venta que, como sabemos, se encuentran en constante evolución.

DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

La contratación de comerciales debe distinguirse de otras modalidades que, si bien pueden tener cierta relación finalista, constituyen prácticas completamente diferentes:

• Acciones comerciales desarrolladas por los propios abogados

La contratación de comerciales por los despachos de abogados difiere de la actividad comercial llevada a cabo por los propios abogados que integran el despacho. Esta tendencia, que se ha visto notablemente desarrollada en los últimos años, encuentra su fundamento en la necesidad de que el abogado, con independencia de su capacidad técnica, desarrolle las habilidades comerciales necesarias para la captación y fidelización de los clientes. De hecho, acorde con esta tendencia, los despachos se están ocupando en formar a sus socios, asociados y juniors en dichas habilidades. Este proceder, en mi opinión, es para un despacho, mucho más acertado que la contratación de comerciales.

• Pago de comisiones por captación o envío de clientes

Consiste en el acuerdo que un despacho establece con un tercero, normalmente un profesional vinculado al mun-

do de los negocios (gestor, economista, agente de la propiedad, etc.) por el que se establece el pago de una comisión por cada cliente enviado al despacho. En tales casos, **el intermediario actúa ocultando al potencial cliente de la existencia del pago de comisión por su recomendación, comisión que suele estipularse en un porcentaje sobre la facturación que proporciona el cliente** (y que suele verse incrementada para absorber la comisión que se abona). Este pago de comisiones contempla otra modalidad en la que la relación se establece entre dos abogados, uno que recibe el cliente y otro la comisión por la recomendación. Este proceder conculca frontalmente lo dispuesto en el artículo 19 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

• **Reparto de honorarios entre abogados**

Igualmente, **la contratación de comerciales difiere de otra modalidad de colaboración prohibida por nuestro Código deontológico (artículo 15) por la que se produce la partición y distribución de honorarios entre Abogados**, excepto cuando concurren circunstancias como que el reparto responda a una colaboración jurídica; exista entre ellos ejercicio colectivo de la profesión en cualquiera de las formas asociativas autorizadas; se trate de compensaciones al compañero que se haya separado del despacho colectivo o constituyan cantidades abonadas a los herederos de un compañero fallecido.

BENEFICIOS E INCONVENIENTES DE LA CONTRATACION DE COMERCIALES

A la vista de las características de esta figura, a continuación vamos a examinar algunos de los beneficios e inconvenientes del empleo de la misma:

Beneficios
- Obviamente, a través de la contratación de comerciales, el despacho desarrolla una acción publicitaria que redundará en la promoción de sus servicios a una mayor escala teniendo en consideración la segmentación inicialmente fijada.
- Con una buena gestión y partiendo de la contratación de un buen profesional, es muy sencillo determinar la rentabilidad de esta medida.
- La contratación de un comercial es ideal para la promoción de servicios determinados y específicos en los que el despacho pretenda posicionarse (compliance, asesoría de la empresa, etc.)
- Si el equipo de abogados no está lo suficientemente preparado en habilidades comerciales, la contratación de un comercial puede suplir fácilmente dicha carencia.

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- ESTEBAN FERRER, MARÍA JOSÉ, TRICÁS PRECKLER, JESÚS Y GONZÁLEZ SABATÉ, LUCINIO. *La voz del cliente en los despachos de abogados*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados (Volumen I)*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2008

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ DE ARRÓYAVE, DAVID MURO. *Cómo acercarme a mi target: Herramientas de Marketing y acciones comerciales en los despachos de abogados*. Economist&Jurist N° 185. Noviembre 2014. (www.economistjurist.es)
- ARRIBAS SÁNCHEZ, BELÉN. *Comunicaciones comerciales, spam y abogados*. Economist&Jurist N°. 162. Julio-Agosto 2012. (www.economistjurist.es)

Inconvenientes

- Como veremos en el próximo apartado, dependiendo de la modalidad de contratación, podrían vulnerarse normas deontológicas a través de este tipo de contratación.
- Se estaría supliendo una actividad que los abogados (socios, asociados, juniors) deberían realizar, pues, como hemos indicado, hoy en día es una verdadera exigencia la preparación y formación de los abogados en habilidades comerciales. A mayor abundamiento, el comercial jamás conocerá verdaderamente (por no haberla experimentado) la cultura de la firma, elemento esencial para poder dar a conocer y promocionar los servicios del despacho.
- Una elección errónea del comercial, falta de una formación adecuada o una escasa motivación del comercial podrían suponer un daño irreparable para la marca del despacho.

¿ES DEONTOLOGICAMENTE ADECUADA LA CONTRATACIÓN DE COMERCIALES POR EL ABOGADO?

Como avanzábamos al principio de esta colaboración, hablar de contratación de comerciales es una cuestión muy espinosa, pues en ella convergen diversas cuestiones de naturaleza deontológica, íntimamente vinculadas a la publicidad y competencia desleal entre abogados que hemos de tener en consideración a fin de evitar prácticas que puedan lesionar la dignidad profesional del abogado, bien jurídico protegido desde una perspectiva deontológica.

Y aquí es fundamental traer a colación la distinción que hace RAFAEL DEL ROSAL¹ a la hora de delimitar la actividad del abogado. Por un lado, señala, que **“un abogado es dos cosas distintas al mismo tiempo: de un lado es un empresario o titular de una empresa cuyo objeto es la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y de otro lado es una institución pública**



¹ Hemos de precisar que del abogado RAFAEL DEL ROSAL tomamos esta distinción toda vez que dicho planteamiento es muy elocuente y acertado para exponer las distintas facetas del abogado, elemento esencial para nuestro artículo. No obstante, las conclusiones que posteriormente alcanzamos en este apartado nada tienen que ver con la opinión o criterio que DEL ROSAL pueda mantener sobre la contratación de comerciales en los despachos de abogados.

denominada abogado-defensor, sede de la función de la defensa, de arraigo constitucional por la vía de los artículos 24 y CE y 236 LOPJ. Ambas cualidades, naturalezas o funciones son distintas por su origen, por su esencia, y por su objeto y finalidad. Pues si la primera es de derecho privado, se encuadra en la libertad e iniciativa individual de empresa y persigue el lucro y la supervivencia personal, la segunda o abogado-defensor es de derecho público, se encuadra en el derecho fundamental de defensa y persigue el interés colectivo o la supervivencia de la sociedad organizada en un Estado de Derecho”.

De este modo –continúa DEL ROSAL–, como empresario no es sino un agente económico más que participa en el proceso social de producción prestando servicios y como tal estará sujeto a la legislación común que regula las actividades mercantiles, siéndole de aplicación en el ejercicio de su función de empresario cuantas disposiciones y normas jurídicas la regulan, entre ellas las normas comunes sobre competencia desleal y publicidad... Sin embargo al abogado-institución, sede de la función de la defensa, no le interesan en modo alguno las normas comunes sobre publicidad y leal competencia antes referidas, cuyo contenido exclusivamente económico sólo le alcanza como empresario. El abogado-institución nace y vive fuera del mercado porque su función no es económica ya que como agente institucional está llamado a solventar un trance jurídico-político (constitucional), dando cobertura profesional al derecho fundamental de defensa y como tal está sujeto a la legislación especial que regula las actividades profesionales, siéndole de aplicación en el ejercicio de su función de órgano institucional cuantas disposiciones y normas jurídicas la regulan, entre ellas y muy especialmente las normas deontológicas en general y las normas deontológicas sobre competencia desleal y publicidad en especial. Normas cuya finalidad no es en absoluto económica ni van destinadas ni sirven para regular

el mercado, sino para generar la consecución de un plus, excedente o añadido ético, sin precio, que pueda enjugar el privilegiado estatuto que la ley le otorga para cumplir tal función”.

Esta distinción, es de notable trascendencia al tratar la materia que estamos abordando, pues si bien la evolución y cambio constante que está viviendo la profesión, muy especialmente en la faceta de abogado-empresa, está provocando que los despachos vayan implementando técnicas (en este caso de marketing) propias de la empresa, lo cierto es que este desarrollo tiene que cohonestarse con la figura apuntada de abogado-institución, que es la que precisamente motiva la necesidad de examen de las normas deontológicas.

Por ello, partiendo de esta diferenciación, vamos a examinar la normativa deontológica que consideramos de aplicación para tratar de dar una opinión fundada a la pregunta que encabeza este apartado.

El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el estatuto General de la Abogacía Española, regula en su artículo 25 la publicidad de los servicios profesionales del abogado² partiendo del principio de que el abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas. El mismo precepto, en su párrafo segundo establece una serie de conductas contrarias a las normas deontológicas de la publicidad.

Igualmente, el Código deontológico de la Abogacía Española regula en su artículo 7 la publicidad³, reiterando

2 Artículo 25

1. El abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas.
2. Se considerará contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga:
 - a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.
 - b) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.
 - c) Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva.
 - d) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado.
 - e) Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado.
 - f) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general.
3. Los abogados que presten sus servicios en forma permanente u ocasional a empresas individuales o colectivas deberán exigir que las mismas se abstengan de efectuar publicidad respecto de tales servicios que no se ajuste a lo establecido en este Estatuto General.

3 Artículo 7 De la publicidad

1. El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas

lo dispuesto en el Estatuto y completándolo con nuevas menciones de conductas contrarias a aquella.

Finalmente, el propio Código Deontológico, en su artículo 8 regula los actos de competencia desleal entre abogados⁴, **señalando como actos de competencia desleal todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia y en especial un elenco de conductas contrarias a la sana competencia.**

Tras esta introducción normativa, es de suma importancia destacar lo dispuesto en el artículo 19 del Código Deontológico sobre captación de clientela:

Artículo 19.- Pagos por captación de clientela

El Abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro Abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros.

Este precepto, norma de inexcusable cumplimiento para cualquier abogado, a tenor del art. 31.a) del Estatuto General, y que además reproduce el art. 124 del Proyecto de Estatuto General de la Abogacía aprobado por la Abogacía

el 12 de Junio de 2013, reside en el principio de independencia del abogado en el ejercicio de su profesión. Por otro lado, dicha conducta constituye una infracción tipificada como muy grave en el art. 84.a) y k) del Estatuto General.

En relación con esta práctica, asociada al pago de comisiones a otro abogado o a otra persona (normalmente otro profesional vinculado al mundo de los negocios) a la que antes nos referíamos, **un sector mayoritario de la doctrina destaca las consecuencias de esta conducta:**

1^a.- **La libertad e independencia del abogado se ven afectados por el “poder de persuasión del comisionista”;**

2^o.- **El cliente contratará a un abogado que le han “recomendado” por razones muy distintas a su buen hacer.**

3^o.- **El cliente contratará a un precio superior, pues con el fin de evitar que el pago de la “ilícita comisión” reduzca sus ingresos, tenderá a facturarle por encima de su baremo ordinario;**

4^o.- **El colectivo de los abogados se verá perjudi-**

deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe.

2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos:

- a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.
- b) Afectar a la independencia del abogado.
- c) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado que se publicita.
- d) Hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio Abogado que utiliza la publicidad o a asuntos llevados por éste, o a sus éxitos o resultados.
- e) Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.
- f) Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de auto alabanza.
- g) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, sólo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española.
- h) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.
- i) Utilizar medios o expresiones, audiovisuales o escritos que supongan un descrédito, denigración y menosprecio de la Abogacía, de la Justicia y de sus símbolos.
- j) No identificar al Abogado o Bufete Colectivo que ofrece sus servicios.
- k) Utilizar medios o contenidos contrarios a la dignidad de las personas, de la Abogacía o de la Justicia.

4 Artículo 8 Competencia desleal

1. El Abogado no puede proceder a la captación desleal de clientes.

2. Son actos de competencia desleal todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia y en especial los siguientes:

- a) La utilización de procedimientos publicitarios directos e indirectos contrarios a las disposiciones de la Ley General de Publicidad, y a las normas específicas sobre publicidad contenida en el presente Código Deontológico y restante normas complementarias.
- b) Toda práctica de captación directa o indirecta de clientes que atenten a la dignidad de las personas o a la función social de la Abogacía.
- c) La utilización de terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. Se considerará responsable al abogado o abogados favorecidos por tal publicidad en caso de incumplimiento del art. 28.3 del Estatuto General de la Abogacía Española en tanto no acrediten su total ajenidad y su dimisión inmediata del encargo profesional al tener conocimiento de aquella.
- d) La percepción o el pago de contraprestaciones infringiendo las normas legales sobre competencia y las establecidas en este Código Deontológico.
- e) La contravención de los artículos. 15 y 16 de este Código, y/o la prestación de servicios gratuitos que suponga la venta a pérdida en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal.

cado por la competencia desleal que tal práctica supone; y, en general para la imagen y el prestigio de la profesión.

Sin embargo, a pesar de que la lectura del precepto nos induce a pensar en una prohibición absoluta de pago de contraprestación alguna a un tercero por el envío o recomendación de clientes, consideramos (y esta es nuestra opinión) que el artículo 19 trata de cercenar este tipo de prácticas vinculadas que hemos examinado y que nos recuerdan a la figura del antiguo “conseguidor” o “gancho”, quedando ajenas a dicha prohibición aquellas acciones que conlleven la publicidad de los servicios del abogado, que sea digna, leal y veraz, y que conlleve un absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, acciones que enmarcándose en la faceta de abogado-empresario ya examinada, permitan un desarrollo

de negocio acorde con los tiempos que corren y en los que es imprescindible buscar nuevas fórmulas que permitan a los profesionales dar a conocer sus servicios. Ahora bien, insisto, todo ello deberá suponer un escrupuloso respeto de las normas deontológicas de nuestra profesión, por lo que, centrados en la contratación de comerciales, entendemos habrán de cumplirse con los siguientes requisitos:

- **El comercial deberá recibir una formación completa en los servicios jurídicos objeto de promoción.**
- El comercial, al realizar su actividad, deberá identificarse al cliente como comercial del despacho de abogados, identificando al mismo y a sus titulares.
- **Es recomendable que la actividad promocional a desarrollar se centré en concertar entrevistas con**



- directivos y empresarios para ofrecerles los servicios profesionales del despacho mediante presentación en visita personalizada que efectuarán con el apoyo de profesionales de la firma (por tanto, la labor de presentación final del servicio la realizarán los abogados del despacho).
- La actuación del comercial promocionando los servicios deberá realizarse con respeto absoluto de las normas de publicidad y prohibición de competencia desleal establecidas en el Estatuto General y en el Código Deontológico, siendo muy conveniente transcribir en el contrato dicha normativa.
 - La retribución del comercial, caso de establecer incentivos, deberá fijarse en función de objetivos de incremento de facturación o beneficios del despacho.
 - En ningún caso, la intervención del comercial no deberá suponer un incremento del coste del servicio al cliente finalmente captado, en comparación con otros en los que éste no haya intervenido. ■

CONCLUSIONES

- Lo expuesto no implica que otras modalidades de contratación de comerciales, con sus correspondientes variables, no dejen de ser lícitas en el actual mercado de los servicios legales, si bien, en mi opinión, a través de la propuesta indicada se estarán respetando las reglas deontológicas que constituyen los principios que rigen el comportamiento ético de nuestra profesión, valores que representan el modelo al que todos debemos aspirar y que dotan de verdadero significado y contenido a nuestro ejercicio profesional

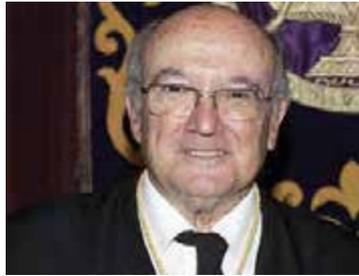


NOTICIAS DEL MUNDO JURÍDICO

CARLOS CARNICER, PRESIDENTE DE HONOR DE LA FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA

La Fundación Abogacía Española ha nombrado presidente de honor a Carlos Carnicer, presidente del Consejo General de la Abogacía Española de 2001 a 2016. El patronato de la Fundación acordó la modificación de los Estatutos para crear la Presidencia de Honor y para que los anteriores presidentes del Consejo General de la Abogacía sean Vocales natos del patronato. Además del presidente de Honor, se incor-

pora como vocal nato al patronato Eugeni Gay, presidente de la Abogacía Española entre 1992 y 2001.



D. Carlos Carnicer

EL DECANO DEL ICAB, EL MINISTRO Y EL CONSEJERO DE JUSTICIA HOMENAJEAN A LA ABOGACÍA BARCELONESA

El Colegio de la Abogacía de Barcelona celebró en el Palacio de Congresos de Cataluña el acto de homenaje a los abogados que cumplen 25 y 50 años de ejercicio de la profesión.

La sesión contó con la asistencia del ministro de Justicia, Rafael Catalá, entre otras autoridades.



D. Rafael Catalá, D. Oriol Rusca y D. Carles Mundó

LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE MÁLAGA SOLICITAN AL MINISTERIO LA SUSPENSIÓN INMEDIATA O LA MORATORIA DE LA OBLIGATORIEDAD DE PRESENTAR TELEMÁTICAMENTE LOS ESCRITOS A TRAVÉS DE LEXNET

Ambos colegios profesionales manifiestan su rechazo y su negativa a la imposición de algunos órganos judiciales que preten-



den mantener, junto al obligatorio uso del sistema electrónico Lexnet, la presentación de escritos en papel, algo que no está previsto en la normativa vigente.

El oficio se firmó por el decano del Colegio de Abogados, Francisco Javier Lara, y por el de Procuradores, Francisco M. Bernal.

EL COLEGIO DE CÁCERES ENTREGA EL 0.7% DE SU PRESUPUESTO A ORGANIZACIONES SOCIALES

El Colegio de Abogados de Cáceres entregó el pasado 2 de febrero en la biblioteca del Colegio, dirigidos por su decano, Carmelo Cascón, la aportación solidaria del 0,7 por ciento de sus presupuestos para el año 2015 a varias entidades sociales.



D. Carmelo Cascón

RAFAEL ESPINO NOMBRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

Rafael Espino es secretario de la junta de gobierno del colegio de la abogacía barcelonesa y uno de los abogados de la ciudad condal con un apellido perteneciente al denominado círculo de las togas de oro de Barcelona, por tradición y relevancia en el sector jurídico catalán.



D. Rafael Espino

DUTILH ABOGADOS INCORPORA A MISAVER

Fiel a su compromiso con la excelencia y especialización profesional, Dutilh Abogados ha incorporado a su estructura a Misaver Asesores Tributarios y Legales, despacho especializado en asesoría y planificación fiscal, un área de especial significado en la práctica del Derecho de los Negocios en el que Dutilh es un reputado referente en el sector.

La fusión supone la incorpo-

ración de seis nuevos profesionales y dos nuevos socios.



D^a Trinidad Remezal, D. Ivo Portabales y D. José Enrique Solano

RODRÍGUEZ CÁRCAMO, PREMIO ILO CLIENT CHOICE AL MEJOR ABOGADO DE DERECHO PÚBLICO

Juan Rodríguez Cárcamo ha sido galardonado con el premio ILO Client Choice 2016 en la categoría de Derecho Público en España. Junto a Rodríguez Cárcamo, han sido premiados en esta categoría otros cinco abogados de despachos de Brasil, Colombia, Irlanda, Portugal y Puerto Rico. Los ILO Client Choice de este año han nomi-

nado a 383 abogados en 68 jurisdicciones en todo el mundo.



D. Rodríguez Cárcamo

BGYC, MIEBRO DE LEGAL TOUCH, GANA EL "PREMIO DE LEY 2016"

BGyC, despacho de abogados miembro de Legal Touch, ha sido galardonado con el "Premio de Ley 2016" en derecho de la provincia de León. Estos premios

los concede "El Suplemento" y destacan a sectores de la vida profesional, empresarial y científica, industrial y comercial de España.



D. Máximo Luís Barrientos

BGyC está considerado como el primer despacho de abogados de León por su reconocida calidad profesional. Sus socios fundadores son los letrados Don Máximo Luís Barrientos, Don José Luis Gorgojo del Pozo y Don Manuel H. Castro González.

ROSA VIDAL, NUEVA SOCIA DIRECTORA DE BROSETA

La socia responsable del área de Derecho Público de Broseta, Rosa Vidal, ha sido designada por el Consejo de Administración de la Firma como nueva socia directora del Despacho. Junto a sus habituales responsabilidades liderará la dirección y la gestión diaria y operativa de la Firma.



D^a Rosa Vidal

CARLOS RUEDA, NUEVO SOCIO DIRECTOR DE GÓMEZ-ACEBO & POMBO

La Junta General de Socios de Gómez-Acebo & Pombo ha renovado su Consejo de Administración y ha nombrado a Carlos Rueda Gómez-Calcerrada nuevo socio director del Despacho para los próximos tres años. Carlos Rueda ha sido elegido por unanimidad y releva en el cargo a Manuel Martín, socio director de la Firma desde 2001.



D. Carlos Rueda

NOVEDADES EDITORIALES

LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DEL FUTBOLISTA

Iván Palazzo
Ed. Difusión Jurídica
Páginas 201

El proceso de globalización en el fútbol ha incrementado enormemente los traspasos de los futbolistas entre clubes pertenecientes a asociaciones distintas, lo cual obliga a sus protagonistas a conocer pormenorizadamente las normas que los regulan. Además, la permanente evolución de la disciplina futbolística provoca constantes y profundos cambios reglamentarios.

En la presente obra doctrinaria el autor ha pretendido proporcionar al lector una herramienta de consulta que englobe los aspectos trascendentales en torno al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA.



POR QUÉ SE GANAN O SE PIERDEN LOS PLEITOS

Raúl Ochoa Marco, Jesús María Alonso y Ángel Alonso Gavito
Ed. Colex
Páginas 189

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



CÓMO SER ABOGADO DE OFICIO Y NO TIRAR LA TOALLA (DIARIO DE UN LETRADO INCOMBUSTIBLE)

Manuel Valero Yáñez
Ed. Aranzadi
Páginas 331

El gran valor de este libro, es que gracias al dominio del lenguaje escrito del autor, éste consigue que el lector se convierta en un abogado, que desde los ojos de Don Manuel y usufructuando su conocimiento, es testigo de las reflexiones y experiencias, de un letrado que se dedica al Turno de Oficio, no por necesidad, sino por generosidad.



ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. LEY Y REGLAMENTO

Ed. Tecnos
Páginas 140

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se ha visto profundamente modificada por la reciente Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da nueva redacción a un importante número de preceptos de aquélla a fin de adecuarla a la realidad actual.



LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Ed. Tecnos
Páginas 244

Esta edición recoge el texto de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, parcialmente sucesora —junto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS
www.libros24h.com

LIBROS24h.com
WWW.LIBROS24H.COM

LA TRANQUILIDAD DE ESTAR CON LOS MEJORES



CIMA Publicidad

**ESPECIALISTAS
EN COMUNICACIÓN
Y MARKETING
JURÍDICO**

Social Media

Auditamos tus redes sociales y te ayudamos a mejorarlas o, si lo prefieres, te llevamos la comunicación.

Webs adaptativas

Adaptamos y/o rediseñamos tu web para que se adapte a cualquier dispositivo (tablets, smartphones...), y te ayudamos a mejorar su posicionamiento en buscadores.

Anuncios

Llevamos la gestión publicitaria de los principales medios jurídicos, y te ayudamos a diseñar tus campañas.

Networking

Organizamos seminarios y jornadas de marketing jurídico, eventos del sector bajo demanda y llevamos las relaciones institucionales entre empresas.

AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS

SUMARIO

- Peritos
- Procuradores
- Otros

Detectives



40 AÑOS DE EXPERIENCIA PROFESIONAL U. 171

- Toda clase de investigaciones ámbito nacional e internacional.
- Aportación de pruebas judiciales.
- Ratificación de informes en distintos juzgados.
- Rapidez, Eficacia y secreto profesional garantía de un buen servicio.
- Atención personalizada.

En la oportunidad de la consulta, está el éxito de la investigación

www.detectivespizarro.es
pdprz@telefonica.net
Tifnos: 913 558 214 / 619 420 111 / 913 611 102

Asesores en compra venta de empresas



93 229 20 60 info@gda-bbrokers.com

www.gda-bbrokers.com

GD&A BUSINESS BROKERS es una empresa española dedicada a la asesoría e intermediación en procesos de **compra de empresas** y **venta de empresas** PYMES y búsqueda de socio, así como oportunidades de negocio y valoración de empresas.

LEGAL TOUCH

Clever

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

Acceda de una forma ágil y sencilla



L/BROS24h.com
LIBRERÍA JURÍDICA ON-LINE



VIII EDICIÓN PREMIO JURÍDICO INTERNACIONAL ISDE 2016.

WWW.PREMIOJURIDICO.COM



Distingue la investigación y el estudio del Derecho en las siguientes ramas:

Derecho Internacional Público o Privado / Derecho Deportivo / Ética de la Abogacía / Derecho Fiscal y Tributario / Marketing Jurídico y Gestión de Despachos / Derecho Sanitario

Categoría: Estudiante / Profesional



THOMSON REUTERS

uni>ersia
red de universidades, red de oportunidades

RR DONNELLEY

Derecho news

Patrocinadores / Categoría Profesional

1961 Abogados y Economistas
ADR Abogados
Aguilar & Astorga Abogados
Alemany & Muñoz de la Espada Corporate
Legal
Allen & Overy
Araoz & Rueda
Ashurst
Benow Partners
Bird & Bird
Broseta
Bufete Amoros

Cuatrecasas, Gonçalves Pereira
Dentons
Eversheds Nicea
Goñi y Cajigas Abogados
Garrido Abogados
Herrero y Asociados S.L.
Jimenez Astorga Abogados y consultores
Montero Aramburu Abogados
Pérez-Llorca
Pérez+Partners
Pintó Ruiz & Del Valle
PKF Attest
Ramón y Cajal Abogados
Rödl & Partner
Sanchez Stewart Abogados
Sentencia, Bufete Jurídico Internacional
Squire Patton Boggs
Yingke Adarve

Agencia Organizadora:



Universidades / Categoría Estudiante

Columbia Law School
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas Universidad Carlos III de Madrid
Facultad de Derecho - Universidad de la Laguna
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho y Economía. UdL
Instituto Tecnológico de Monterrey
Nebrija Universidad
Pontificia Universidad Católica de Chile
The City Law School
Universidad Alfonso X el Sabio
Universidad Camilo José Cela
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir
Universidad de Oviedo (Facultad de Derecho)
Universidad de Barcelona
Universidad Miguel Hernández de Elche
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Universitat Pompeu Fabra
Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela
Universidad de Santiago de Compostela
Universidad Francisco Marroquin
Wolfson College Cambridge

Medios Oficiales:

Libertad Digital

Derecho news

EUROPA FM

iusport

EMDA
CEO

ABC EL PAÍS

EL MUNDO

Expansión

MARCA

Fiscal
Laboral

LA RAZÓN

Economist & Jurist