

## Las novedades del reglamento europeo de protección de datos



**Abogados: IRPF 2015**

**Los atenuantes y los agravantes de los delitos**

**La responsabilidad profesional del abogado**



REVOLAWTION

## ARANZADI FUSIÓN

SÚMATE A LA REVOLAWTION DIGITAL

UN ANTES Y UN DESPUÉS EN LA HISTORIA  
DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

### MÁS INFORMACIÓN EN

T. 902 40 40 47

[www.aranzadi.es/aranzadifusion](http://www.aranzadi.es/aranzadifusion)

[masinfo@thomsonreuters.com](mailto:masinfo@thomsonreuters.com)



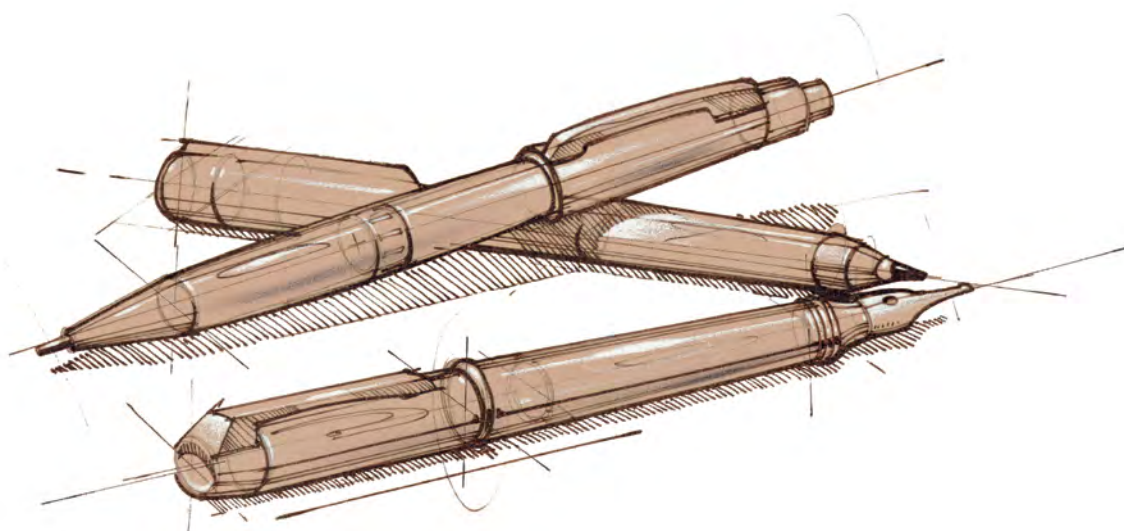
THOMSON REUTERS

# Ordenamiento Tributario. En busca de la sencillez

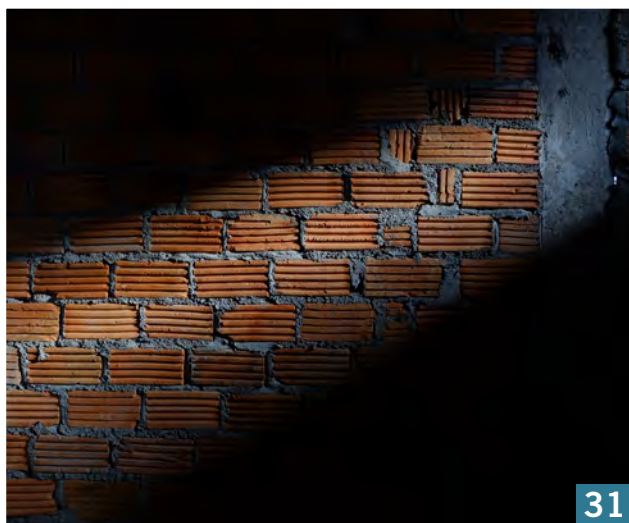
En el siglo XXI ya casi nadie se atreve a discutir la necesidad de que todos los Estados tengan ingresos asegurados a través de la implantación de un sistema tributario que les permita exigir a sus ciudadanos el pago de impuestos. Pero lo que muchos ciudadanos siguen discutiendo es la eficacia y justicia de nuestro ordenamiento tributario.

En España, hacer la declaración de la renta es un acto complejo en la mayoría de casos, para millones de ciudadanos, con independencia de su preparación académica. Incluso los mejores abogados fiscalistas tienen frecuentemente que estudiar e investigar para conseguir cumplir la ley en la declaración de rentas y, así, determinar el importe de lo que deben pagar. Esto no debería suceder. Averiguar los impuestos que una persona debe pagar debería ser siempre un acto sencillo, claro y seguro. El legislador debería conseguir que determinar el importe de lo que ha de pagar el ciudadano fuera en los impuestos directos tan sencillo de determinar como en los impuestos indirectos. La sencillez y claridad en los mecanismos recaudatorios genera seguridad jurídica, requisito imprescindible para que podamos llegar a disfrutar de un sistema tributario justo y eficaz.

[direccioncontenidos@difusionjuridica.es](mailto:direccioncontenidos@difusionjuridica.es)



Si como suscriptor tiene interés en que tratemos algún tema, escribanos a [economist@difusionjuridica.es](mailto: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

Las novedades del reglamento general europeo de protección de datos. Por Jordi Bacaria

## 28 DERECHO CIVIL

El derecho de superficie en la actualidad. Por Sergio Aguilar

## 36 DERECHO FISCAL

Gastos deducibles en el IRPF en desarrollo de la abogacía por cuenta propia. Por Luis Bravo

## 42 CASOS PRÁCTICOS

Demanda de despido improcedente y reclamación de cantidad por impago del salario a trabajador sin contrato de trabajo.

## 48 DERECHO INTERNACIONAL

Nueva Ley de Adopción Internacional: cuestiones de derecho internacional privado. Por Alfonso Ortega

## DERECHO MERCANTIL

56 - Sobre la responsabilidad de la persona física designada por el administrador persona jurídica en el ámbito del proceso concursal y la aplicación de los principios establecidos en la Ley de Sociedades de capital. Por Juan Carlos Noguera y Óscar Sánchez

60 - Qué no hacer al crear una sociedad de responsabilidad limitada. Por Antonio Serrano

## 66 DERECHO PENAL

Los delitos: atenuantes y agravantes. Por Leticia Ramírez



## 16 EN PORTADA

Las novedades del reglamento general europeo de protección de datos

*“Los ciudadanos van a poder decidir por sí mismos qué información personal quieren compartir”. Jan Philipp Albrecht.*

## HABILIDADES ABOGACÍA

- 78 - Gestión del tiempo y delegación de responsabilidades. Por Carlos Wienberg
- 86 - La responsabilidad profesional del abogado: pautas jurisprudenciales y su aplicación al retraso en la solicitud de concurso. Por Patricia Higuera y Marcelino Pajares

## 94 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

## 96 NOVEDADES EDITORIALES

### Economist & Jurist

www.economistjurist.es

#### Centro de Gestión del Conocimiento

Director: Jorge Pintó Sala

Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara  
Vocales: Maite Pérez Marín, María Martín-Viveros García.

#### Consejo Editorial

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

#### Consejo Asesor

Miguel Montoro, Joaquín Abril, Esther Ortín, L. Usón-Duch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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.  
Camino de la Zarzuela, 11 - 28023 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 utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

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

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, SA. no comparte necesariamente las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos publicados. El uso del contenido de esta revista no sustituye en ningún caso la consulta de la normativa vigente ni a un profesional especialista en la materia.



# INFORMACIÓN AL DÍA

## SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
  - Legislación**
    - Autoliquidación y pago telemático de la tasa ..... 04
- AL DÍA CIVIL
  - Jurisprudencia**
    - Valor catastral ..... 05
- AL DÍA FISCAL
  - Legislación**
    - Se regula la devolución de ingresos indebidos de la Hacienda Pública ..... 06
- AL DÍA MERCANTIL
  - Legislación**
    - Información a remitir para la adquisición o incremento de participaciones ..... 06
  - Jurisprudencia**
    - Nulidad cláusula ..... 09
    - Sociedades de capital ..... 09
- AL DÍA PENAL
  - Jurisprudencia**
    - Violencia en el ámbito familiar ..... 10
- AL DÍA PROCESAL
  - Legislación**
    - Presentación electrónica de los expedientes de nacionalidad española ..... 10
  - Jurisprudencia**
    - Motivación de sentencias ..... 11
- AL DÍA SOCIAL
  - Legislación**
    - Modelo de declaración responsable de empresas de formación ..... 12
  - Jurisprudencia**
    - Indemnización por despido ..... 13
- SUBVENCIONES
  - Estatales**
    - Ayudas al programa nacional de desarrollo rural ..... 13
    - Subvenciones para investigaciones sociológicas ..... 14
  - Autonómicas**
    - Ayudas para la vivienda en Cataluña .. 14
    - Ayudas al trabajo autónomo en Andalucía. 14
    - Ayudas al alquiler en La Rioja ..... 14

– Ayudas agrícolas y ganaderas en Canarias ..... 14

## AL DÍA ADMINISTRATIVO

### Legislación

#### SE REGULA LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL PAGO TELEMÁTICO DE LA TASA POR LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS O DOCUMENTOS A INSTANCIA DE PARTE EN EL REGISTRO OFICIAL DE AUDITORES DE CUENTAS

Resolución de 10 de mayo de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 88 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. (BOE núm. 119, de 17 de mayo de 2016)

La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en su artículo 88 ha creado la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la expedición de certificados o documentos a instancia de parte y por las inscripciones y anotaciones en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. El Real Decreto 73/2016, de 19 de febrero, por el que se desarrolla el régimen de autoliquidación y pago de la mencionada tasa determina, a su vez, las normas de liquidación y pago de la tasa, establecidas para los sujetos pasivos de autoliquidación e ingreso del correspondiente importe.

Por otra parte, con el objetivo de acercar la Administración al ciudadano e impulsar el desarrollo de la sociedad de la información en el marco de la iniciativa del Gobierno INFO XXI, teniendo en cuenta a su vez las aplicaciones y sistemas de información implantados en el ámbito de la Administración General del Estado, el

## NOTA IMPORTANTE



**“SE REGULA LA DEVOLUCIÓN DE INGRESOS NO TRIBUTARIOS NI ADUANEROS DE LA HACIENDA ESTATAL QUE SEAN DECLARADOS INDEBIDOS EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O JUDICIAL DE REVISIÓN DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN”. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA FISCAL PÁG. 6**

Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha desarrollado las aplicaciones y los sistemas de información necesarios para que los interesados puedan relacionarse con él de forma segura utilizando técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas.

Mediante la Orden ECC/394/2016, de 17 de marzo, se ha aprobado el modelo de autoliquidación y pago de la tasa prevista en el artículo 88 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, así como las condiciones para la presentación de la autoliquidación y pago de la tasa tanto en papel como por medios telemáticos, subordinando la operatividad del procedimiento telemático, regulado en su apartado tercero, al dictado de la Resolución de 23 de septiembre de 2015 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se modifica la Resolución de 9 de abril de 2003, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa por emisión de informes de auditoría prevista en la Ley de Auditoría de Cuentas, en el marco de la correspondiente Orden del Ministerio de Hacienda que autorice y determine las condiciones de utilización de este tipo de procedimientos telemáticos para el pago de tasas.

Pues bien, en fecha 2 de abril de 2003, se publicó la Orden HAC/729/2003, de 28 de marzo del Ministro de Hacienda por la que se establecen los supuestos y las condiciones generales para el pago por vía telemática de las tasas que constituyen recursos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

### AL DÍA CIVIL

#### Jurisprudencia

#### VALOR CATASTRAL

**SE PUEDE EXTENDER LA IMPUGNACIÓN DEL VALOR CATASTRAL A LA PONENCIA DE VALORES TRAS LA NOTIFICACIÓN SI ÉSTA TIENE INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN INDIVIDUAL DEL MISMO**

*Tribunal Supremo. Sala de lo Civil – 25/04/2016*

El TS resuelve un Recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba el recurso contra el acuerdo de la Gerencia Regional del Catastro por el que se fijaba el valor catastral del inmueble propiedad del recurrente.

El recurrente consideraba que tanto la Sentencia de la Audiencia Nacional como las resoluciones del TEAR y del TEAC habían sido incongruentes y carentes de motivación suficiente. El alto tribunal estima el recurso de casación y entra a valorar los argumentos y peticiones que, según la recurrente, no había sido valorada por la sentencia recurrida.

Recuerda la jurisprudencia al respecto por la cual considera el Tribunal que la determinación del valor catastral de cada bien inmueble se inicia con la aprobación de la Ponencia de Valores. Aprobación de Ponencia de Valores y asignación individualizada del valor catastral a cada inmueble, son actos que, estrechamente relacionados, poseen sustantividad propia, “por lo que lo procedente es, en principio, que los reparos que se tengan

## ¡ATENCIÓN!



**“SE REGULA LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL PAGO TELEMÁTICO DE LA TASA POR LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS O DOCUMENTOS A INSTANCIA DE PARTE EN EL REGISTRO DE AUDITORES DE CUENTAS”. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA ADMINISTRATIVO PÁGS. 4 Y 5**

contra la Ponencia de Valores se hagan respecto de dicho acto.” A lo que añade **“Sin embargo, cuando se individualiza cada valor catastral, y se notifica éste, es cuando el interesado puede valorar los posibles defectos o vicios de la Ponencia de Valores que no se manifiestan más que cuando la misma se proyecta sobre el bien inmueble particular, por lo que no existe inconveniente jurídico alguno que al hilo de la fijación y notificación del valor catastral se extienda la impugnación a aquellos aspectos de la Ponencia de Valores defectuosos en cuanto tienen incidencia en la determinación individualizada del valor catastral.”**

Puede leer el texto completo de la Sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69724798

### AL DÍA FISCAL

#### Legislación

#### **SE REGULA LA DEVOLUCIÓN DE INGRESOS NO TRIBUTARIOS NI ADUANEROS DE LA HACIENDA PÚBLICA ESTATAL QUE SEAN DECLARADOS INDEBIDOS EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O JUDICIAL DE REVISIÓN DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN**

*Real Decreto 191/2016, de 6 de mayo, por el que se regula la devolución de ingresos indebidos no tributarios ni aduaneros de la Hacienda Pública estatal. (BOE núm. 121, de 19 de mayo de 2016)*

Este real decreto, que se dicta en desarrollo de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, contiene una regulación sobre la devolución de ingresos indebidos de naturaleza pública y privada no tributarios ni aduaneros de la Hacienda Pública estatal.

En concreto, por una parte, regula la devolución de estos ingresos de naturaleza pública cuando sean declarados indebidos en un procedimiento administrativo o judicial de revisión del acto del que dimana la obligación de ingreso. La prolija regulación de esta materia viene exigida por la complejidad de la distribución competencial. Ésta deriva de la necesidad de prever todos los supuestos que pueden surgir de las distintas configuraciones de distribución de competencias de liquidación de estos derechos, de recaudación (tanto en el período voluntario como en el ejecutivo) así como de la titularidad del rendimiento.

Por otra parte, recoge otros supuestos de devolución de ingresos indebidos de naturaleza pública y privada no tributarios ni aduaneros. En concreto, establece el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos de naturaleza pública y privada y su ejecución en determinados supuestos distintos de la revisión del acto de liquidación. Con ello se colma la laguna existente en la normativa actual en el ámbito de los ingresos no tributarios y se sustituye la aplicación del procedimiento recogido en los artículos 17 y siguientes del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que venía establecida con carácter supletorio en su disposición adicional segunda para el caso en que no existiera regulación específica.

### AL DÍA MERCANTIL

#### Legislación

#### **SE APRUEBA LA INFORMACIÓN A REMITIR PARA LA ADQUISICIÓN O INCREMENTO DE PARTICIPACIONES EN ENTIDADES ASEGURADORAS POR QUIENES INTEGRAN EL SISTEMA DE GOBIERNO**

*Orden ECC/664/2016, de 27 de abril, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras. (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016)*

Con la finalidad de valorar la idoneidad de todas aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en una entidad aseguradora o reaseguradora mediante una participación significativa, así como de garantizar una gestión sana y prudente en las citadas entidades, el artículo 85.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, dispone que toda persona física o jurídica que, por sí sola o actuando de forma concertada con otra, haya decidido adquirir, directa o indirectamente, incluso en los supuestos de aumento o reducción de capital, fusiones y

escisiones, una participación significativa en una entidad aseguradora o reaseguradora, o bien incrementar su participación significativa, de modo que la proporción de sus derechos de voto o de participación en el capital llegue a ser igual o superior a los límites del veinte por ciento, treinta por ciento o cincuenta por ciento, y también cuando en virtud de la adquisición se pudiera llegar a controlar la entidad aseguradora o reaseguradora, lo notificará previamente por escrito a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, haciendo constar la cuantía de dicha participación, los términos y condiciones de la adquisición y el plazo máximo en que se pretenda realizar la operación, aportando la documentación que reglamentariamente se establezca.

El artículo encomienda a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones evaluar la idoneidad de quien se propone adquirir o incrementar la participación y la solidez financiera de la adquisición o el incremento propuesto, de acuerdo con los criterios y el procedimiento que se determinen reglamentariamente, indicando que la información que se suministre deberá ser parti-

# 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**

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

c/ Padre Jesús Ordóñez, nº 1. 2º - 28002 Madrid - Tels: 91 562 59 18 - 91 411 35 46 - Fax: 91 563 85 32 - peritos@apajcm.com - www.apajcm.com

nente para la evaluación, y proporcional y adecuada a la naturaleza de quien se propone adquirir o incrementar la participación y a la adquisición propuesta. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá oponerse a la adquisición o formular objeciones a la misma.

Por su parte, el artículo 15 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, referido a la evaluación de la adquisición de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras, encomienda al Ministro de Economía y Competitividad la aprobación de la información que debe suministrar el adquirente potencial adicionalmente a la notificación que, de conformidad con el artículo 85.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, se debe realizar para la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones significativas y de los incrementos de dichas participaciones en entidades aseguradoras y reaseguradoras, estableciéndose que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones deberá dar publicidad en su página web o sede electrónica al contenido de la lista de información a aportar.

El mismo artículo delimita el alcance de la evaluación a realizar por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. A tales efectos, con el fin de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad aseguradora en la que se propone la adquisición, y atendiendo a la posible influencia del adquirente potencial sobre la misma, se determinan los aspectos básicos que debe contemplar la información a aportar por el adquirente potencial y, en particular, la información a suministrar en función del nivel de participación que se pretenda adquirir.

Adicionalmente, la orden toma en consideración la guía en la que, a nivel europeo, y sobre la evaluación prudencial de adquisición de participaciones significativas en entidades financieras, se está trabajando por las autoridades supervisoras europeas en materia de valores, banca y seguros. Dicha guía recoge la lista de información que el supervisor ha de requerir para la evaluación de una adquisición significativa. Así, se indica que, por un lado, se deberá facilitar una información de carácter general sobre el adquirente potencial y, en su caso, sobre cualquier persona que, de manera efectiva, dirija o controle sus actividades, y sobre la adquisición propuesta; y, por otro lado, se deberá aportar una información específica, con un mayor o menor alcance, en función de que, como resultado de la adquisición, tenga lugar o no un cambio en el control de la entidad.

Sobre la base de los aspectos fundamentales enumerados en el artículo 15 del citado Real Decreto para evaluar la adquisición de una participación significativa, y teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de la guía citada anteriormente, esta orden establece la información a suministrar por el adquirente potencial en cumplimiento de la obligación a la que se refiere el artículo 85.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, a fin de que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones pueda evaluar la idoneidad de quien se propone adquirir o incrementar la participación y la solidez financiera de la adquisición o el incremento propuesto. La enumeración de la información a suministrar en estos supuestos se encuentra contenida en el anexo I.

En relación con lo anterior, se determina la información a suministrar cuando el adquirente potencial sea una entidad aseguradora, reaseguradora u otra entidad financiera supervisada por el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra autoridad supervisora de entidades financieras en el ámbito de la Unión Europea. Se precisa igualmente la información a suministrar en caso de que el origen de la obligación de notificar venga derivada de una adquisición sobrevenida, como en el caso de la recompra por la entidad de sus propias acciones a otros accionistas, de un incremento de capital en el que otros accionistas no participen o en el supuesto de adquisiciones mortis causa. En todo caso, el adquirente potencial, sobre la base de dicho principio de proporcionalidad, deberá suministrar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la información recogida en la lista con un detalle y alcance adecuado a la complejidad y naturaleza de la operación, con el fin de que esta pueda disponer de toda la información relevante sobre la adquisición para su evaluación cautelar.

Por otro lado, en aplicación de los artículos 38 y 67.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, y con el objetivo igualmente de evaluar la honorabilidad y aptitud de aquellos que pretendan desempeñar en entidades aseguradoras y reaseguradoras cargos de dirección efectiva, o ser titulares de funciones que integran el sistema de gobierno, se establece en esta orden la información a suministrar para poder realizar una evaluación adecuada que permita acreditar el cumplimiento de los citados requisitos de honorabilidad y aptitud. La enumeración de la información a suministrar en estos supuestos se encuentra contenida en el anexo II.

En cumplimiento del mandato legal, el artículo 18

## ¡ATENCIÓN!



**“LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD ABARCA TANTO A LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS COMO A LAS ABSOLUTORIAS, PORQUE TODAS DEBEN RESPONDER AL DEBER DE MOTIVACIÓN”.  
MÁS INFORMACIÓN AL DÍA PROCESAL, PÁGS. 10 Y 11**

del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece los supuestos en los que se entenderá que concurren los requisitos de honorabilidad comercial y profesional así como de aptitud.

Asimismo, el artículo 152 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, exige a los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras cuya entidad participante sea una entidad aseguradora o reaseguradora, una sociedad de cartera de seguros o una sociedad financiera mixta de cartera, idénticos requisitos en relación a sus sistemas de gobierno que los exigidos a las entidades aseguradoras y reaseguradoras a nivel individual. Por su parte, el artículo 206.2 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, señala que todas las personas que dirijan de manera efectiva una sociedad de cartera de seguros o una sociedad financiera mixta de cartera, deberán cumplir las exigencias de aptitud y honorabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

### Jurisprudencia

#### **NULIDAD CLÁUSULA ES NULA LA CLÁUSULA DEL CÁLCULO DE LOS INTERESES TOMANDO COMO BASE EL AÑO COMERCIAL DE 360 DÍAS Y LA PROHIBICIÓN AL CLIENTE DE GRAVAR EL INMUEBLE SIN EL CONSENTIMIENTO DEL PRESTAMISTA**

Audiencia Provincial de Pontevedra. Sala de lo Civil – 05/05/2016

La sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha declarado por primera vez abusivas dos cláusulas incluidas en un préstamo hipotecario. En relación a la primera de las cláusulas cuestionadas, relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días, la Sala entiende que tal estipulación carece de justificación. “*Que en el momento de la liquidación del saldo pueda tomarse como base el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma*”, en este caso el consumidor, concluyen los magistrados.

La sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Francisco Javier Menéndez Estébanez, sostiene que el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula abusiva y, por tanto, nula, “*ya que no puede decirse que supere el control de transparencia, dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula*”.

Puede leer el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69730151

#### **SOCIEDADES DE CAPITAL SON VÁLIDOS LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR LA JUNTA GENERAL SIN EL ADMINISTRADOR**

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil – 19/04/2016

El Tribunal Supremo ha considerado en su reciente sentencia del pasado 19 de abril que la junta general está habilitada para adoptar acuerdos aun sin la presencia física del administrador social. El Tribunal avala que se puedan aprobar las medidas, pero recuerda que no puede elegirse a representantes del administrador, salvo el caso de que se trate de persona jurídica.

Asimismo, subraya **que la LSC establece que los administradores deberán asistir a las juntas generales**. *“Dicho deber encuentra su justificación en que en la junta se desarrollan funciones esenciales para el correcto desenvolvimiento de la sociedad. En primer lugar, la función controladora o fiscalizadora que tiene la junta general respecto del propio órgano de administración, que difícilmente puede tener lugar si los administradores están ausentes”*.

No obstante, expone que la normativa no conlleva expresamente ninguna consecuencia a tal incumplimiento referido a la mesa de la junta. *“Admite implícitamente que los miembros del órgano de administración no estén presentes en la junta general, al prever que sean los socios quienes puedan elegir como presidente y secretario a personas diferentes”*. Por último, Vela Torres, ponente del fallo, ha señalado que *“La Ley concibe la junta general como una reunión de socios y su celebración se referencia en todo momento a la asistencia de éstos”*.

En este sentido, entiende que **la ausencia de los administradores sociales, en principio, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general**, *“puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad”*.

Puede leer el texto completo de la Sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69724738

## AL DÍA PENAL

### Jurisprudencia

#### **VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL NO EXIGE LA VINCULACIÓN DE HABITUALIDAD CON UN NÚMERO CONCRETO DE ACCIONES VIOLENTAS**

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal – 27/04/2016

El Tribunal Supremo ha dictado Sentencia de fecha 27 de abril de 2016 por la cual rechaza el recurso de casación interpuesto por un condenado por un delito de violencia habitual, malos tratos, amenazas en el ámbito familiar y falta de vejación injusta de carácter leve.

El Supremo recuerda al respecto que el artículo 173.2 del Código Penal contiene una regla concursal específi-

ca cuando expresa “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”, tras describir el tipo penal básico del maltrato habitual y las penas correspondientes al mismo.

Así, consolida la doctrina de la Sala, la línea que considera **que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo**.

Y concluye el alto tribunal, **“La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación”**.

Puede leer el texto completo de la Sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69726020

## AL DÍA PROCESAL

### Legislación

#### **SE REGULA LA FORMA DE HABILITAR A PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS PARA LA PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE DOCUMENTOS EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESADOS EN LOS EXPEDIENTES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA**

Orden JUS/698/2016, de 4 de mayo, por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de Convenios de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados. (BOE núm. 115, de 12 de mayo de 2016)

El artículo 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, establece que las Administraciones Públicas podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. El precepto dispone que en la habilitación se deberán especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que adquire-

## ¡ATENCIÓN!



**LA REMUNERACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD DE UN TRABAJADOR EN UNA EMPRESA EN CASO DE DESPIDO NO PUEDE SER MODIFICADA POR HABER EXISTIDO INTERRUPCIONES EN EL SERVICIO AL MISMO EMPLEADOR. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA SOCIAL. PÁGS. 12 Y 13**

ran las condiciones de representantes, pudiendo establecerse la presunción de validez de la representación.

En desarrollo de la citada norma, el artículo 13 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, señala que la habilitación requerirá la firma previa de un convenio entre el ministerio u organismo público competente y la corporación, asociación o institución interesada. Asimismo se establece la necesidad de que, mediante Orden Ministerial, el departamento titular de la gestión disponga los requisitos y condiciones para suscribir los convenios, garantizando los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación en la definición de las condiciones para la habilitación.

En este ámbito, de conformidad con el artículo 13 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, señalado, el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, prevé en su artículo 7.1 que el Ministerio de Justicia podrá suscribir con cualquier colectivo, asociación y colegio profesional un convenio de habilitación que regule los procedimientos y requisitos para la remisión telemática de la documentación, debidamente indexada y metadatada.

El objeto de la presente orden es dar cumplimiento a este mandato reglamentario. La tramitación electrónica objeto de la misma son las actuaciones relacionadas con la presentación electrónica de documentos en representación de los ciudadanos, en el ámbito de competencias del Ministerio de Justicia para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

De conformidad con los artículos 37.h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal y 5.b) del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, el texto de esta Orden

ha sido sometido al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

### Jurisprudencia

#### **MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD DEL FALLO ABARCA TAMBIÉN LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS**

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal – 27/04/2016*

El alto tribunal acuerda la nulidad de la sentencia dictada porque, vista la valoración que efectúa el Tribunal Sentenciador, y el resultado de las pruebas practicadas, se verifica una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en el apartado relativo a una motivación que no sea arbitraria.

El alto tribunal acuerda la nulidad de la sentencia dictada porque, vista la valoración que efectúa el Tribunal Sentenciador, y el resultado de las pruebas practicadas, se verifica una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en el apartado relativo a una motivación que no sea arbitraria. El tratamiento de la prueba, tanto de la pericial constituida por las mediciones de ruido como de la médica, relativa a las lesiones de los perjudicados, no se corresponde con la realidad que ofrece la misma.

Por lo que el Supremo **considera que el fallo absolutorio no es la consecuencia del análisis riguroso de la prueba -de toda la prueba- sino más bien parece fruto de un decisionismo judicial incompatible con las exigencias derivadas del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y de la interdicción de la arbitrariedad.**

En este sentido, la Sentencia recuerda **que la prohibición de arbitrariedad abarca tanto a las sentencias condenatorias como a las absolutorias, porque todas deben responder al deber de motivación.**

## NOTA IMPORTANTE



**“SE APRUEBA LA INFORMACIÓN A REMITIR PARA LA ADQUISICIÓN O INCREMENTO DE PARTICIPACIONES EN ENTIDADES ASEGURADORAS POR QUIENES INTEGRAN EL SISTEMA DE GOBIERNO”.  
MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA MERCANTIL PÁGS. 6-9**

Puede consultar el texto completo de la Sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69725884

### AL DÍA SOCIAL

#### Legislación

#### **LAS ENTIDADES EXTERNAS QUE IMPARTAN FORMACIÓN A TRABAJADORES TENDRÁN HASTA EL 15 DE JUNIO DE 2016 PARA PRESENTAR LA DECLARACIÓN RESPONSABLE**

*Orden ESS/723/2016, de 9 de mayo, por la que se desarrolla el modelo específico de declaración responsable para su presentación por entidades de formación para la impartición de formación distinta de las especialidades previstas en el Catálogo de especialidades formativas. (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2016)*

El Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, tramitado como Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, ha establecido un nuevo modelo de formación profesional para el empleo, que será de aplicación a todas las Administraciones públicas y estará al servicio de empresas y trabajadores en cualquier parte del territorio, respetando el marco competencial de las Comunidades Autónomas.

Dentro de los principios que rigen el sistema de formación profesional para el empleo se recoge el impulso a la formación programada por las empresas, para sus propios trabajadores, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades más inmediatas y cercana a empresas y trabajadores.

En esta iniciativa de formación profesional para el empleo la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, estable-

ce que las empresas podrán organizar la formación de sus trabajadores por sí mismas, cuando dispongan de los medios necesarios para ello, sean propios o contratados. Asimismo, las empresas podrán optar por encomendar la organización de la formación a una entidad externa, en cuyo caso se establece como novedad que la impartición de la formación se realizará por una entidad de formación acreditada y/o inscrita en el registro de entidades de formación habilitado por la Administración pública competente. Esta inscripción se requerirá incluso cuando no se trate de formación recogida en el Catálogo de Especialidades Formativas.

Para realizar esta inscripción la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, dispone, en sintonía con los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que las entidades de formación interesadas en inscribirse en el correspondiente registro para impartir formación distinta de las especialidades previstas en el Catálogo de Especialidades Formativas deberán presentar, ante la Administración pública competente, una declaración responsable con arreglo al modelo específico que se desarrolle para ello.

Para atender a este mandato, mediante esta orden se desarrolla el modelo de declaración responsable específico que deberán presentar, a efectos de su inscripción en el correspondiente registro, las entidades de formación que deseen impartir formación profesional para el empleo distinta de las especialidades formativas previstas en el Catálogo de Especialidades Formativas, dentro de la iniciativa de formación programada por las empresas para sus trabajadores.

Se posibilita que las empresas puedan acceder a la financiación de las acciones formativas comunicadas antes de la entrada en vigor de esta orden y aplicarse las correspondientes bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

## NOTA IMPORTANTE



**LA AUSENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES, EN PRINCIPIO, NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN O NULIDAD DE LA JUNTA GENERAL, “PUESTO QUE ELLO SERÍA TANTO COMO DEJAR AL ALBUR DE LOS ADMINISTRADORES LA POSIBILIDAD DE EXPRESAR LA VOLUNTAD SOCIAL A TRAVÉS DE LAS JUNTAS GENERALES, Y QUE LES BASTARÍA CON NO ASISTIR PARA VICIARLAS DE NULIDAD”. MAS INFORMACIÓN AL DIA MERCANTIL, PAGS. 6 Y 7**

Asimismo con la finalidad de no impedir que las empresas puedan acceder a la financiación de la formación de sus trabajadores, se establece que hasta en tanto no estén habilitados los procesos de envío por las comunidades autónomas de la información relacionada con la presentación de la declaración responsable y la inscripción de las entidades de formación para su inclusión en el Registro Estatal de Entidades de Formación, la presentación de esta declaración responsable que hubiera de presentarse en dichas comunidades autónomas se efectuará a través de la aplicación habilitada a estos efectos y que estará disponible en la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo y en la sede electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal.

### Jurisprudencia

#### **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO LA ANTIGÜEDAD A EFECTOS DE DESPIDO SE MANTIENE AUN ESPACIANDO LOS CONTRATOS**

*Tribunal Supremo. Sala de lo Social – 23/02/2016*

**La remuneración de la antigüedad de un trabajador en una empresa en caso de despido no puede ser modificada por haber existido interrupciones en el servicio al mismo empleador, más aun si las mismas fueron por imposición de la propia empresa.**

La magistrada Arastey Sahun ha determinado que a los efectos de su remuneración, constituye un problema de características diferentes al de examinar la legalidad de los contratos a efectos de resolver sobre la legalidad de la extinción del último de los que hayan podido integrar una cadena de contratos temporales.

Tal y como reza la sentencia, “*con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios*”.

Además, cita la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 julio 2013, en la que se parte de que la antigüedad computable para calcular la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales como si se trata de la mera sucesión regular de contratos de trabajo sin una solución de continuidad significativa.

Puede leer el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) **Marginal: 69730452**

### SUBVENCIONES

#### **Estatales**

#### **SE CONVOCAN AYUDAS DEL PROGRAMA NACIONAL DE DESARROLLO RURAL 2014- 2020**

*Real Decreto 197/2016, de 13 de mayo, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas a la cooperación para planteamientos conjuntos con respecto a proyectos medioambientales y prácticas medioambientales en curso, en el marco del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020. (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2016)*

**Final de la convocatoria:** El plazo de presentación de solicitudes será el que se establezca en la correspondiente convocatoria y, en caso de no establecerlo, de veinte días contados a partir del día siguiente al de la publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial del Estado».

## NOTA IMPORTANTE



**“SE REGULA LA FORMA DE HABILITAR A PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS PARA LA PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE DOCUMENTOS EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESADOS EN LOS EXPEDIENTES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL PÁGS. 10 Y 11**

### **SE APRUEBA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS**

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

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

#### **Autonómicas**

### **SE APRUEBAN AYUDAS PARA POSIBILITAR LA PERMANENCIA EN LA VIVIENDA HABITUAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE RIESGO 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.

### **SE CONVOCAN AYUDAS PARA LAS PRODUCCIONES AGRÍCOLAS Y GANADERAS AFECTADAS POR LA LLUVIA EN CANARIAS**

*Orden AAA/764/2016, de 13 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por los daños causados en producciones agrícolas y ganaderas por los temporales de lluvia en la Comunidad Autónoma de Canarias y en el sur y este peninsular en los meses de septiembre y octubre de 2015. (BOE núm. 121, de 19 de mayo de 2016).*

**Final de la convocatoria:** El plazo de presentación de solicitudes será el que se establezca en la correspondiente convocatoria.

A collage of numerous Polaroid-style photographs arranged on a dark background. The photos depict various scenes from a resort, including indoor dining areas with tables and chairs, outdoor pools, golf courses, and scenic views of a lake and mountains. Some photos show close-ups of food, like a cake and fruit, while others show architectural details like a wooden sign that reads 'Los Encuentros'. The overall theme is a luxurious vacation experience.

<http://www.shenonkop.com>



Shenonkop - Hotel, Eventos, Resort y Spa · Peraleda de la Mata ( Cáceres)

# LAS NOVEDADES DEL REGLAMENTO GENERAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS



**Jordi Bacaria Martrus.** Abogado. Founder en Global Legal Data

## SUMARIO

1. Cómo se aplica el reglamento en los países miembros: ámbito material y territorial
2. Los principios relativos al tratamiento de datos. Qué condiciones son exigibles para la licitud del tratamiento
  - a) Principios relativos al tratamiento
  - b) Condiciones para la licitud del tratamiento
    - El consentimiento del interesado
    - Otros fundamentos jurídicos
  - c) Condiciones para la licitud del tratamiento de categorías especiales de datos personales
  - d) Condiciones para la licitud del tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas
3. El Cumplimiento normativo sobre protección de datos. Cuáles son y cómo deben cumplirse las obligaciones generales de los responsables y encargados
  - a) Obligaciones y responsabilidades del responsable y el encargado
  - b) Elección por el responsable de un encargado del tratamiento
4. Cómo se podrán ejercer en la práctica los derechos individuales de los interesados
  - a) Mención al principio de transparencia
  - b) Los derechos individuales de los interesados
    - Derecho a la Información en la obtención de datos y derecho de acceso
    - Derechos de rectificación, de supresión / derecho al olvido (borrado de datos), de limitación del tratamiento y de portabilidad de datos
    - Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas
5. La práctica legal de las transferencias internacionales de datos: opciones y soluciones
6. El Data Protection Officer / Delegado de Protección de Datos como garante del cumplimiento de la protección de datos y del aseguramiento de la seguridad de datos
7. Qué medidas de seguridad técnicas y organizativas deben aplicarse y como deben aplicarse para garantizar el nivel de seguridad adecuado al riesgo

*“Los ciudadanos van a poder decidir por sí mismos qué información personal quieren compartir”. Jan Philipp Albrecht.*

## CÓMO SE APLICA EL REGLAMENTO EN LOS PAÍSES MIEMBROS: ÁMBITO MATERIAL Y TERRITORIAL

El RGPDUE<sup>1</sup> constituye la norma fundamental de la Unión Europea en materia de protección de datos personales y de la libre circulación de los datos aplicable al territorio de la UE y de los ciudadanos que residan en la UE siempre que exista una oferta de bienes o servicios o algún tipo de control de su comportamiento. Protege su derecho a la protección de los datos personales y, en general, sus derechos y libertades fundamentales.

El RGPDUE entiende por dato personal la información relativa a una persona física identificada o identificable; cuando los datos personales están seudonimizados, deben considerarse información sobre una persona física identificable.<sup>2</sup>

**Es una norma de efecto direc-**

### LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Reglamento (ue) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
- Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.(Normas básicas. Marginal: 56066)
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.(8)

**to que no requiere transposición al derecho interno, no sólo armoniza las legislaciones existentes hasta ahora en los estados miembros; sino que establece mecanismos de coordinación y coherencia** para las actuaciones entre Autoridades de Control de los

estados miembros y crea el Comité Europeo de Protección de Datos.

En este contexto, también las sanciones suponen una novedad. Por una parte, el RGPDUE establece un sistema de sanciones pecuniarias ciertamente elevado, hasta el punto de

<sup>1</sup> DOUE L119 de 4 de mayo de 2016. REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).  
Entrada en vigor: 25 de mayo de 2016. Aplicación: 25 de mayo de 2018.

<sup>2</sup> El RGPDUE define datos personales como toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

El RGPDUE introduce el concepto de seudonimización, como el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.

## “El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas en los que concurra alguna base jurídica para la licitud del tratamiento, sólo podrá llevarse a cabo, bajo la supervisión de las autoridades públicas y cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”

### JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de octubre de 2015, núm. C-362/2014 (Marginal: 69730245)

afectar al volumen de negocio anual de una empresa, y por otra otorga a las autoridades de control poderes para imponer medidas correctivas o incluso preventivas o cautelares; permitiendo que cada Estado miembro pueda establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a sus autoridades y organismos públicos.

### LOS PRINCIPIOS RELATIVOS AL TRATAMIENTO DE DATOS QUÉ CONDICIONES SON EXIGIBLES PARA LA LICITUD DEL TRATAMIENTO

#### Principios relativos al tratamiento

Los principios relativos al trata-

miento de datos personales no difieren excesivamente de los actuales principios que recoge la Ley 15/1999, sobre protección de datos personales. No obstante, nos tenemos que referir a **una novedad que informa el espíritu del reglamento: el principio de transparencia en el tratamiento de los datos personales por los responsables<sup>3</sup>, así como al principio de minimización de datos que parece un principio desglosado - y reforzado - del principio de calidad del dato.**

Todo ello, en el marco de una exigencia de responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento que será responsable del cumplimiento de la aplicación de estos principios y además deberá ser capaz de demostrarlo.

#### Condiciones para la licitud del tratamiento

##### • El consentimiento del interesado

En relación a las condiciones para la licitud del tratamiento, el reglamento, aunque con más claridad,<sup>4</sup> continúa exigiendo el consentimiento libre e informado del interesado como una base jurídica para el tratamiento de sus datos personales, para uno o varios fines específicos; se entiende por consentimiento informado, el conocimiento por el interesado, como mínimo, de la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. En la línea de responsabilidad proactiva que promueve el reglamento, **el responsable deberá ser capaz de demostrar que el interesado consintió el tratamiento de sus datos personales.**

##### • Otros fundamentos jurídicos

En cuanto al resto de bases legítimas para la licitud del tratamiento establecidas por el reglamento, tampoco son sustancialmente distintas de las que contempla actualmente la LOPD, manteniendo que el interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento y especificando que el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo.

Respecto a las condiciones apli-

<sup>3</sup> Considerando 58 del Reglamento, “el principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice”

<sup>4</sup> Artículo 4. Definición de consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

cables al consentimiento del niño en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años.

El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

#### Condiciones para la licitud del tratamiento de categorías especiales de datos personales<sup>5</sup>

El RGPDUE prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos personales, excepto si el interesado

---

**“Es una norma de efecto directo que no requiere transposición al derecho interno, y que por tanto armoniza las legislaciones existentes hasta ahora en los estados miembros”**

---

ha dado su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados.

Del resto de bases jurídicas que constituyen una condición de licitud del tratamiento, cabe destacar cuando el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; como podría

ser el caso, especialmente, de opiniones políticas, religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos relativos a la salud o datos relativos las orientaciones sexuales.

#### Condiciones para la licitud del tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas



<sup>5</sup> Como novedad, el RGPDUE, además de datos genéticos y datos sobre condenas penales, incluye los datos biométricos dentro de las categorías especiales de datos.

Artículo 9. Tratamiento de categorías especiales de datos “...datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”.

## “Una novedad del reglamento es el principio de transparencia en el tratamiento de los datos personales por los responsables, así como el principio de minimización de datos, principio desglosado - y que refuerza - el principio de calidad del dato”

El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas en los que concurra alguna base jurídica para la licitud del tratamiento, sólo podrá llevarse a cabo:

- Bajo la supervisión de las autoridades públicas.
- Cuando lo autorice el Derecho de

la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados.

### EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. CUÁLES SON Y CÓMO DEBEN CUMPLIRSE LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS RESPONSABLES Y ENCARGADOS

#### Obligaciones y responsabilidades del responsable y el encargado

En el marco de una responsabilidad activa del responsable, el reglamento establece un nuevo modelo de cumplimiento normativo basado en la transparencia, en la autorregulación y en la rendición de cuentas (capacidad del responsable de demostrar el cumplimiento del RGPDUE).

El RGPDUE estructura el cumplimiento del responsable en tres grupos de obligaciones:

- Obligaciones generales para garantizar y demostrar el cumplimiento del RGPDUE.
- Obligaciones de seguridad para garantizar un nivel de seguridad adecuado a los factores de riesgo.
- Obligaciones en supuestos específicos para garantizar el cumpli-

#### BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

#### BIBLIOTECA

- ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ. “Guía práctica sobre protección de datos de carácter personal para abogados”. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L
- FRANCISCO DE QUINTO ZUMÁRRAGA. “Sabelotodo de Nuevas Tecnologías”. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L

#### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CARMEN ALGAR JIMÉNEZ. “La Protección de Datos y su incidencia en el ámbito laboral”. Economist&Jurist N°108. Marzo 2007. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- JORDI BACARIA MARTRUS. “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invalida el acuerdo “Safe Harbor” de transferencia Internacional de datos a EEUU. Efectos y consecuencias”. Economist&Jurist N°196. Diciembre-enero 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- JORDI BACARIA MARTRUS. “Aplicación práctica del derecho al olvido a raíz de la Sentencia del TJUE sobre Google.” Economist&Jurist N°186. Julio- Agosto 2014. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

miento mediante la aplicación de instrumentos como el registro de actividades de tratamiento, la evaluación de impacto sobre protección de datos, la consulta previa a la Autoridad de Control antes de proceder al tratamiento, la privacidad desde el diseño y la designación de un Delegado de Protección de Datos.

Por tanto, la primera responsabilidad del responsable en cumplimiento del reglamento consiste en determinar que obligaciones aplicará a sus actividades de tratamiento.

### Elección por el responsable de un encargado del tratamiento

En la elección del encargado, el RGPDUE también exige al responsable una posición proactiva, garantizando el cumplimiento de las disposiciones del RGPDUE respecto del tratamiento que lleve a cabo el encargado por cuenta del responsable.

En este sentido, **el responsable debe encomendar actividades de tratamiento únicamente a encargados que ofrezcan suficientes garantías, con la finalidad de aplicación de medidas técnicas y organizativas y de seguridad del tratamiento que cumplan los requisitos del Reglamento.**

## CÓMO SE PODRÁN EJERCER EN LA PRÁCTICA LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS INTERESADOS

### Mención al principio de transparencia

El Reglamento Europeo regula los derechos de los interesados y su ejercicio en el ámbito de lo que denomina “Principio de transparencia”, y los incluye en el Capítulo de los Derechos

de los interesados, el cual incorpora una sección previa referida a “*Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado*”.

a) En virtud de la aplicación del principio de transparencia, la información (derecho a la información) que **el responsable facilite al interesado en cumplimiento del derecho de información en la obtención de datos y la información que puede obtener el interesado en ejercicio del derecho de acceso a sus datos personales**, deberá comunicarse en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño.

b) El responsable deberá facilitar el ejercicio de los derechos individuales del interesado, según los siguientes requisitos:

- Plazo para la atención de los derechos: un mes (prórroga de dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes).
- Forma de atención del derecho: cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos cuando sea posible, a menos que el interesado solicite que se facilite de otro modo.
- Supuesto de no atención del derecho: si el responsable del tratamiento no da curso a la solicitud del interesado, le informará sin dilación, en un máximo de un mes:

1. De la recepción de la solicitud.
2. De las razones de su no actuación.
3. De la posibilidad de presentar

una reclamación ante una autoridad de control.

4. De la posibilidad de ejercitar acciones judiciales.

c) La información que debe facilitar el responsable al interesado o la información que pueda obtener el interesado tiene carácter gratuito, e incluye un sorprendente precepto que podría aplicarse al derecho de acceso pero más dudoso que pueda aplicarse al derecho de información, las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, el responsable del tratamiento, que deberá demostrar esta circunstancia, podrá:

- Cobrar un canon razonable en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación o realizar la actuación solicitada, o.
- Negarse a actuar respecto de la solicitud.

### Los derechos individuales de los interesados

Los derechos de los interesados relativos a las operaciones de tratamiento se estructuran en tres secciones:

1. Derecho a la Información en la obtención de datos y derecho de acceso.
2. Derechos de rectificación, de supresión o derecho al olvido, de limitación del tratamiento y de portabilidad de datos.
3. Derechos de oposición y sobre decisiones individuales automatizadas.

### • Derecho a la Información en la obtención de datos y derecho de acceso

Bajo el epígrafe “*Información y acceso a los datos personales*”, el reglamento regula el derecho a la Información en la obtención de datos y el derecho de acceso por el interesado a sus datos personales.

a) Respecto al derecho de información, el Reglamento distingue dos capas de información y dos tipologías distintas de la información que deberá facilitarse:

- Capas de información: información para conocimiento del interesado e información necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente.
- Tipología de información: información según si los datos personales se han obtenido o no del interesado.
- Datos recogidos del interesado.
- Datos no recogidos del interesado.

b) Respecto al derecho de acceso por el interesado a sus datos personales, el texto legal prevé:

- El derecho previo a la confirmación del tratamiento y en caso afirmativo.
- El acceso a un conjunto de información referida a sus datos personales.

• **Derechos de rectificación, de supresión / derecho al olvido (borrado de datos), de limitación del tratamiento y de portabilidad de datos**

La Sección 3 del Capítulo III bajo el epígrafe “*Rectificación y supresión*” regula los derechos de rectificación, de supresión o derecho al olvido, de derecho de limitación del tratamiento y derecho de portabilidad de datos.

a) El derecho de rectificación se concreta en obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos del interesado.

b) El derecho a la supresión o al olvido obliga al responsable a la supresión de los datos personales que haya solicitado el interesado cuando concurren ciertas circunstancias.

a) **Supuesto en el que el responsable no haya hecho públicos los datos**

Por una parte, el derecho a la supresión o al olvido está basado en:

- Aplicación del principio del consentimiento: retirada del consentimiento por el interesado para el tratamiento de sus datos personales.
- Aplicación del principio de licitud del tratamiento: los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.
- Aplicación del principio de calidad del dato (finalidad): los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo.

Por otra parte, está basado en una obligación legal, en el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento, los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

b) **Supuesto en el que el responsable haya hecho públicos los datos**

El RGPDUE exige una nueva obligación al responsable en relación al derecho al borrado de los datos: teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, el responsable

deberá adoptar medidas razonables, incluidas medidas técnicas, a fin de informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado:

- De supresión de cualquier enlace a esos datos personales.
- O cualquier copia o réplica de los mismos.

c) **Excepciones al derecho de borrado de datos / derecho al olvido**

**De las excepciones a la aplicación del derecho a la supresión de datos**, llama la atención que este **no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información**; ya que nos encontramos en una incursión de la protección de datos en el derecho a la intimidad y al honor, material de trabajo muy relevante para el ejercicio del derecho al olvido.

• **Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas**

El RGPDUE regula en una misma sección, sin especiales novedades:

- El derecho a que los datos personales no sean objeto de un tratamiento por motivos relacionados con la situación particular del interesado o cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa.
- El derecho a no ser objeto de una elaboración de perfiles, basado únicamente en el tratamiento automatizado.

**LA PRÁCTICA LEGAL DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS: OPCIONES Y SOLUCIONES**

La Sentencia del TJUE del pasado 6 de octubre de 2015 que declaró inválida la Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, llegaba en paralelo a los últimos debates sobre el RGPDUE.

Ante este contratiempo, y después de tres meses de negociaciones, Estados Unidos y la Unión Europea, ha diseñado un nuevo marco, denominado “Privacy shield” o “Escudo de privacidad”. Según la Comisión Europea implica más obligaciones para las empresas estadounidenses a la hora de proteger los datos de ciudadanos europeos y una mayor colaboración son las autoridades de protección de datos, cuyas decisiones serán de obligado cumplimiento para dichas empresas.<sup>6</sup>

En este escenario, el RGPDUE aborda lo que denomina “*Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales*” con una regulación ciertamente pormenorizada, reiterando que solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si estos terceros países u organizaciones ofrecen un nivel adecuado de protección de las personas físicas garantizado por el Reglamento.

**En este caso, las transferencias estarían basadas en una decisión de adecuación, sin requerir ninguna autorización específica. En este sentido, el Reglamento indica unos elementos de evaluación del nivel de adecuación.**

A falta de una decisión de adecua-

ción, el RGPDUE propone un conjunto de instrumentos adecuados que permitan las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales – transferencias mediante garantías adecuadas, en particular cláusulas contractuales, o normas corporativas vinculantes, - e incluso unas excepciones para situaciones específicas, en ausencia de una decisión de adecuación o de garantías adecuadas de conformidad; entre ellas destaca la presencia del **interés legítimo del responsable**.

#### **EL DATA PROTECTION OFFICER / DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DEL ASEGURAMIENTO DE LA SEGURIDAD DE DATOS**

La figura del DPO constituye una novedad por lo que se refiere a su detallada regulación.

El responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos en determinados casos. Se trata de una figura diferente a un Responsable de Protección de Datos (Data Protection Officer) chief information security officer o a un Responsable de Seguridad, ya que sus funciones esenciales son distintas:

- Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de sus obligaciones, específicamente acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.
- Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las

políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales,

- Cooperar y actuar como punto de contacto con la autoridad de control.

#### **QUÉ MEDIDAS DE SEGURIDAD TÉCNICAS Y ORGANIZATIVAS DEBEN APLICARSE Y CÓMO DEBEN APLICARSE PARA GARANTIZAR EL NIVEL DE SEGURIDAD ADECUADO AL RIESGO**

**El reglamento prevé la aplicación, por el responsable y el encargado, de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, y añade teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas.**

Es decir, los distintos niveles de seguridad que puedan aplicarse ya no tendrán solo en cuenta las categorías de datos personales sino otro tipo de riesgos que puedan afectar a las actividades de tratamiento, tal y como nos ilustra el Considerando 75 del RGPDUE:

- Tratamientos de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales.
- Tratamientos que puedan dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño reputacional, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada

de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo.

- Casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales.
- Casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y

el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas.

- Casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o mo-

vimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales.

- Casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños.
- Casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados. ■

## CONCLUSIONES

- El RGPDUE constituye la norma fundamental de la Unión Europea en materia de protección de datos personales y de la libre circulación de los datos aplicable al territorio de la UE y de los ciudadanos que residan en la UE siempre que exista una oferta de bienes o servicios o algún tipo de control de su comportamiento
- El RGPDUE entiende por dato personal la información relativa a una persona física identificada o identificable; cuando los datos personales están seudonimizados, deben considerarse información sobre una persona física identificable
- El RGPDUE es una norma de efecto directo que no requiere transposición al derecho interno, y que por tanto armoniza las legislaciones existentes hasta ahora en los estados miembros

| EL CONSENTIMIENTO COMO BASE DE LA LICITUD DEL TRATAMIENTO                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DEFINICIÓN                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                            |
| Acto afirmativo / declaración de conducta, que reflejen claramente una <b>manifestación de voluntad</b> del interesado de aceptar el tratamiento de sus datos personales: | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Libre</li> <li>- Específica</li> <li>- Informada</li> <li>- Inequívoca</li> <li>- Para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines</li> </ul> |
| CONDICIONES DE LA OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                            |
| Requisito de un <b>modelo de declaración</b> de consentimiento elaborado por el responsable:                                                                              | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Formulación inteligible y de fácil acceso, empleando un lenguaje claro y sencillo</li> <li>- Que no contenga cláusulas abusivas</li> </ul>                                        |

|                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medios de declaración:                                                                                                                         | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por escrito</li> <li>- Por medios electrónicos</li> <li>- Verbal</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>EL CONSENTIMIENTO QUE NO CONSTITUYE UN FUNDAMENTO JURÍDICO VÁLIDO</b>                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Con carácter general:                                                                                                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>- El silencio (consentimiento presunto)</li> <li>- Las casillas ya marcadas</li> <li>- La inacción (consentimiento presunto)</li> <li>- Cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección</li> <li>- Cuando el interesado no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir algún perjuicio</li> </ul> |
| En el contexto de una <b>declaración por escrito efectuada sobre otro asunto</b> , si no existen garantías de que el interesado es consciente: | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Del hecho de que da su consentimiento</li> <li>- De la medida en que da su consentimiento</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                |
| En los casos en los que el consentimiento <b>no se haya dado libremente</b> :                                                                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Existencia de un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                |

| <b>OBLIGACIONES GENERALES DEL RESPONSABLE</b>                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aplicación del principio de transparencia:                                                                                                                                  | - Tratamiento de datos personales de manera transparente                                                                                                                                                                                                 |
| Aplicación de medidas técnicas / organizativas / desde el diseño / por defecto / políticas de protección de datos, para garantizar / demostrar el cumplimiento del RGP-DUE: | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Según naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento</li> <li>- Según riesgo para derechos y libertades de personas físicas</li> <li>- Proporcionadas en relación a actividades de tratamiento</li> </ul> |
| Adhesión a Códigos de Conducta / Mecanismos de Certificación                                                                                                                | - Contribución a la correcta aplicación y prueba del cumplimiento del RGP-DUE                                                                                                                                                                            |
| Cooperación con la Autoridad de Control                                                                                                                                     | - Obligación del responsable de cooperar cuando se le solicite                                                                                                                                                                                           |

| OBLIGACIONES DE SEGURIDAD DEL RESPONSABLE                                                               |                                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aplicación de medidas técnicas / organizativas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo | - Condicionadas al enfoque del riesgo que se derive de la actividad de tratamiento                                                                                |
| Notificación a la Autoridad de Control de violación de seguridad de los datos                           | - Sin dilación indebida / no más de 72 horas después de que haya tenido constancia                                                                                |
| Comunicación al interesado de violación de seguridad de los datos                                       | - Sin dilación indebida, cuando sea probable que la violación de seguridad de los datos entrañe un alto riesgo para derechos y libertades de las personas físicas |

| OBLIGACIONES DEL RESPONSABLE EN DETERMINADOS CASOS                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Registro de actividades de tratamiento en los siguientes casos:                                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Organizaciones de + de 250 personas</li> <li>- Organizaciones de - de 250 personas: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratamientos que puedan entrañar riesgo para derechos y libertades de los interesados</li> <li>• Tratamientos no ocasionales</li> <li>• Tratamientos de categorías especiales de datos o datos personales relativos a condenas e infracciones penales</li> </ul> </li> </ul> |
| Aplicación de la Privacidad desde el diseño, de acuerdo con las siguientes circunstancias:                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Según riesgos de diversa probabilidad y gravedad del tratamiento para derechos y libertades de personas físicas</li> <li>- Dependiendo del estado de la técnica, el coste de la aplicación y naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento</li> </ul>                                                                                                                                              |
| Evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales:                      | - Tipo de tratamiento que por uso de tecnología, naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (Con el asesoramiento del DPO)                                                                                                                                                                                                                                               |
| Consulta previa del responsable a la Autoridad de Control antes de proceder al tratamiento en los siguientes casos: | - Cuando una evaluación de impacto muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no adopta medidas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Designación de un Delegado de Protección de Datos en los siguientes casos:                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tratamiento por una autoridad u organismo público</li> <li>- Actividades de tratamiento, que requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala</li> <li>- Actividades de tratamiento que consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales y de datos relativos a condenas e infracciones penales</li> </ul>                             |

| DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS INTERESADOS                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Derecho de información                                                                                                                            | - Información esencial / Básica para conocimiento del interesado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|                                                                                                                                                   | - Información necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|                                                                                                                                                   | - Información cuando los datos se obtengan del interesado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                                                                                                                   | - Información cuando los datos no se obtengan del interesado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Derecho de acceso                                                                                                                                 | - Derecho previo a la confirmación del tratamiento                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|                                                                                                                                                   | - Acceso a un conjunto de información referida a sus datos personales                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Derecho de rectificación                                                                                                                          | - Rectificación de los datos personales inexactos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Derecho de supresión o derecho al olvido                                                                                                          | - Supuesto en el que el responsable no haya hecho públicos los datos                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|                                                                                                                                                   | - Supuesto en el que el responsable no haya hecho públicos los datos (obligaciones adicionales)                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Derecho de limitación del tratamiento                                                                                                             | - Bloqueo de los datos (solo podrán ser objeto de tratamiento: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Con el consentimiento del interesado</li> <li>• Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones</li> <li>• Con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica</li> <li>• Por razones de interés público importante)</li> </ul> |
| Derecho de portabilidad de datos                                                                                                                  | - A recibir los datos personales que se hayan facilitado a un responsable del tratamiento:                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|                                                                                                                                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• En un formato estructurado</li> <li>• De uso común</li> <li>• Lectura mecánica</li> </ul> - A transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, siempre que el tratamiento esté basado en el consentimiento / se efectúe por medios automatizados                    |
| Derecho de oposición, a que los datos personales no sean objeto de un tratamiento:                                                                | - Por motivos relacionados con la situación particular del interesado                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|                                                                                                                                                   | - Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Derecho de oposición a decisiones individuales automatizadas que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar: | - A no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|                                                                                                                                                   | - A no ser objeto una elaboración de perfiles, basado únicamente en el tratamiento automatizado                                                                                                                                                                                                                                                                                 |

# EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA ACTUALIDAD



**Sergio Aguilar Lobato.** Abogado de la Asesoría Jurídica Corporativa. Grupo Solarig

## SUMARIO

1. Concepto, origen y fundamento
2. Régimen del derecho real de superficie
  - 2.1) Naturaleza jurídica
  - 2.2) Marco normativo
3. Derechos y deberes de las partes
  - 3.1) Del superficiario
  - 3.2) Del dueño del suelo
4. Elementos configuradores del negocio jurídico
  - 4.1) De carácter personal
  - 4.2) De carácter formal
  - 4.3) De carácter temporal
5. Diferencias con otras figuras afines. El derecho de arrendamiento

*El derecho real de superficie ha pasado de ser un tipo contractual denostado a convertirse en una seria alternativa a otras instituciones afines más conocidas, como el derecho de arrendamiento o el de propiedad.*

*Esta nueva tendencia ha cristalizado en diferentes ámbitos de la Abogacía de los negocios, destacando por encima de todos el sector de las energías renovables. Así, en los Departamentos Jurídicos de estas compañías se ha ido considerando el derecho de superficie como un medio óptimo a la hora de formalizar ciertos proyectos de construcción, y es que en esta época de crisis económica han sido necesarias grandes dosis de ingeniería jurídica para abordar determinadas empresas.*

## CONCEPTO, ORIGEN Y FUNDAMENTO

**Por todos es conocido que el derecho de propiedad es, dentro**

**de la categoría de los derechos reales, aquel que garantiza a su titular el poder más inmediato y absoluto sobre la cosa.** Si nos trasladamos al terreno de los inmuebles,

tributario de la anterior configuración del derecho de propiedad es el principio *superficie solo cedit*, apotegma que actualmente conocemos en nuestro Derecho Patrio como el principio de

accesión, y en cuya virtud cualquier elemento edificado sobre un terreno se considera propiedad de su dueño, independientemente de quién lo haya construido.

Como excepción a este principio general, surgió el derecho de superficie como la facultad que ostenta una persona para edificar en suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo construido durante un plazo determinado. Como contraprestación, y aunque como veremos puede constituirse a título gratuito, el superficiario deberá pagar un canon al titular del terreno sobre el que vaya a construir.

## RÉGIMEN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

### Naturaleza jurídica

A efectos prácticos, es muy relevante la naturaleza de este derecho, y es que pese a ser pacífica su categorización como un derecho real limitativo de la propiedad<sup>1</sup>, podemos dar un paso más y considerar que las facultades que se otorgan al superficiario respecto a lo construido guardan importantes semejanzas con las conferidas por el derecho de la propiedad al titular dominical.

Esta postura ha sido defendida por la STS de 30 de junio de 2009, la cual interpreta que en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos. Según esta corriente, hemos

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716). Arts.; 358, 564.1, 1255, 1611
- Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. (Normas básicas. Marginal: 65123)
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. (Normas básicas. Marginal: 79362) Arts.; 53 y 54
- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Normas básicas. Marginal: 69456625)
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1) Arts.; 148.1.3, 149.1.8
- La Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística, de Andalucía. (Normas básicas. Marginal: 23327). Art. 77
- Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, de Castilla-la Mancha. (Normas básicas. Normas básicas: 107363)
- Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, del País Vasco. (Normas básicas. Marginal: 98137)
- Ley de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 674.2
- Ley Hipotecaria (Normas básicas. Marginal: 3669). Arts.; 111, 133 y 134
- Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. (Normas básicas. Marginal: 98126). Art. 241
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. (Normas básicas. Marginal: 69726870). Arts.; 3, 27
- Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos. (Normas básicas. Marginal: 3660)

<sup>1</sup> Véase también la STS de 30 de junio de 2009.

## “Si incumple el superficiario el plazo de construcción de la edificación, puede considerarse una causa de resolución del contrato”

### JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, Nº Rec. 1279/2011, (Marginal: 69482703)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2009, núm. 533/2009, Nº Rec. 369/2005, (Marginal: 330520)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2002, núm. 1110/2002, Nº Rec. 1364/1997, (Marginal: 69726077)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2001, núm. 92/2001, Nº Rec. 112/1996, (Marginal: 69726078)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 1997, núm. 61/1997, Nº Rec. 2477/1990, (Marginal: 69724547)

de distinguir, pues, entre aquella que recae sobre la finca -que corresponde en exclusiva<sup>2</sup> al concedente (constituyente del gravamen real)-, y la que recae sobre la edificación, que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto a que está sujeta a un plazo temporal).

Esta interpretación también ha hallado una entusiasta acogida por parte de los legisladores forales, que tam-

bién conciben al derecho de superficie como un derecho pleno sobre el objeto en el que recae. Así se ha interpretado en el Derecho Civil Catalán<sup>3</sup> o en el navarro<sup>4</sup>.

#### Marco normativo

**El derecho de superficie debería estar regulado en el Código Civil<sup>5</sup>, si bien dicho texto únicamente se limita a citarlo en su artículo**

**1.611 in fine, prescindiendo de cualquier tipo de regulación.**

Esta situación tiene su origen en el desprecio que imprimió el Código Napoleónico hacia cualquier forma de propiedad compartida, tendencia que siguen los Códigos promulgados en el siglo XIX, entre los que se halla el nuestro, a diferencia, en términos de Derecho comparado, con otros países de nuestro entorno que han regulado con mayor nitidez este derecho real, como el italiano o el portugués. La situación anterior no ha impedido que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1255 del CC, este contrato sea válido en España.

Ante esta aparente falta de regulación a nivel estatal, **el legislador ha introducido a lo largo de esta última década ciertas normas para configurar la estructura de este derecho real, tarea que ha desarrollado a través de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, modificada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que a su vez ha sido recientemente derogado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLS).**

Al profundizar en su regulación, nos encontramos con una dualidad de regímenes en lo que se refiere al derecho de superficie<sup>6</sup>, y es que desde varios

<sup>2</sup> A diferencia del derecho de vuelo, en el que existe cotitularidad.

<sup>3</sup> Véase el artículo 564.1 del Código civil catalán la define como un derecho real que “atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace.”

<sup>4</sup> En Navarra también se acoge esta interpretación en la Ley 430 de la Compilación “El derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido”, argumento que se refuerza con la Ley 441 “Si la edificación pereciere, no se extinguirán estos derechos, y sus titulares conservarán respecto al edificio construido el mismo derecho que anteriormente tenían”.

<sup>5</sup> De acuerdo con LASARTE, debería quedar ubicada bien en el Libro II CC, tras el Capítulo II del Título VI - relativo a los derechos de usufructo, uso y habitación, bien en el Libro IV - como un contrato ordinario.

<sup>6</sup> Con carácter previo a la adopción del referido texto refundido, la doctrina se dividía entre la tesis monista, que concebía de modo unitario la regulación del derecho de superficie, y la tesis dualista, que diferenciaba el derecho de superficie constituido por mor de la actuación de la Administración Pública - a la que se aplicaría la legislación urbanística- y la constituida por los particulares - a la que se le aplicaría la legislación civil-.

sectores doctrinales se ha contemplado este derecho bien desde una perspectiva civilista (cuya competencia pertenecería al Estado) o bien desde una perspectiva de instrumento de política urbana (correspondiendo es este caso su regulación a las CCAA<sup>7</sup>).

Esta dualidad ha desembocado en un régimen jurídico un tanto confuso, ya que esta cuestión se ha regulado por distintas Comunidades Autónomas dotando al derecho de superficie de un marco normativo propio, ya sea fundándose en su competencia de desarrollo de los derechos civiles forales (artículo 149.1.8º Constitución Española), o en ejercicio de la competencia que tienen las Comunidades Autónomas

en materia de urbanismo (artículo 148.1.3º Constitución Española)<sup>8</sup>.

**La normativa estatal vigente acerca del derecho de superficie -en su modalidad urbana o común, que es la que nos ocupa<sup>9</sup>-, toma**

---

---

**“La fianza es sólo obligatoria en el contrato de arrendamiento, al estar incluida en el Título IV de la LAU, que obliga a adelantar una fianza equivalente a dos meses de renta”**

---

---

**forma a través de los artículos 53 y 54 del TRLS, el cual pese a ser una norma urbanística, debe considerarse en el caso que nos ocupa de carácter civil.**

De lo anterior podemos concluir que,



<sup>7</sup> En sede de Derecho Administrativo, destacan, entre otros muchos, el artículo 77 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística, de Andalucía, los artículos 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, de Castilla-la Mancha, o el artículo 128 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, del País Vasco.

<sup>8</sup> En materia de Derecho Civil, ya hemos visto que Cataluña y Navarra han llevado a cabo una regulación exhaustiva del derecho de superficie.

<sup>9</sup> Para la modalidad propiamente urbanística, se aplicaría la legislación urbanística. Ver, a estos efectos, la STS de 26 de noviembre de 2002.

## “El artículo 53.2 del TRLS establece que el derecho de superficie ha de tener una duración máxima, que puede ser de hasta noventa y nueve años”

a efectos civiles, a la hora de constituir el derecho de superficie se aplicarán en primer lugar las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en segundo lugar las escasas normas de Derecho Civil que regulan esta institución, y finalmente lo dispuesto por las partes en virtud de su propia autonomía negocial.

### DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

#### Del superficiario

El superficiario disfrutará de los siguientes deberes y facultades:

1. Realizar cualquier tipo de obra o construcción sobre el terreno.
2. Ostentar su derecho sobre aquellos elementos contruidos *ex ante*.
3. Transmitir o gravar su derecho de superficie.
4. Abonar en la forma estipulada el canon superficiario (salvo que se haya acordado su transmisión a título gratuito por mor del referido artículo 53.3 del TRLS).
5. Ser, a la sazón, titular del derecho de superficie y dueño de lo construido.

#### Del dueño del suelo

Por el contrario, el **dominus soli es acreedor de los siguientes derechos**:

1. **Disponer libremente de la propiedad del terreno** (lo que incluye su enajenación y gravamen) sin que sea preciso el consentimiento del superficiario<sup>10</sup>.
2. **Establecer en el título constitutivo los derechos de tanteo y retracto.**
3. **Hacer suya la construcción o edificación al término del derecho de superficie.**

### ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como cualquier otro negocio jurídico, el derecho de superficie exige una serie de elementos de diferente carácter para desplegar válidamente sus efectos. Estos se encuentran en los artículos 53 y 54 del TRLS, entre los que cabe reseñar los siguientes:

#### De la doble relación surgida tras la perfección del contrato

**Una vez se constituye el dere-**

**cho real de superficie nace una dualidad de relaciones jurídicas de distinto carácter:**

La primera, la que atiene al superficiario y al dueño del suelo, verdadero cauce que permite el surgimiento del derecho de superficie, y que posibilitará al primero construir sobre el terreno tanto al inicio de la relación, como tantas otras veces desee, por lo que incluso en caso de derrumbe podrá reedificar lo construido.

La segunda es el derecho de propiedad en favor del superficiario, en cuya virtud éste será el titular dominical de lo que se construya (o ya esté construido), durante el tiempo que perdure el derecho de superficie. Este derecho de propiedad será el que, en la práctica, suponga una derogación del principio *superficie solo cedit*, consagrado en los artículos 358 y siguientes del Código Civil, al que aludíamos supra en el epígrafe relativo al origen y fundamento de este derecho.

#### De carácter formal

##### a) Fase prenegocial y negocial. Inscripción constitutiva.

El de superficie es uno de los pocos derechos reales cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva.

Esta cuestión fue objeto de controversia durante la pasada centuria, estableciendo voces autorizadas de nuestra doctrina civilista<sup>11</sup> la mera posibilidad de inscribir este derecho en el Registro de la Propiedad.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de lo anterior, es práctica habitual en la confección de estos contratos el establecimiento de una cláusula que permita al menos al superficiario tener conocimiento de la transmisión del suelo, a través de una comunicación escrita por parte de su dueño.

<sup>11</sup> En este sentido, el Profesor Lacruz Berdejo sostenía que el derecho de superficie podía ser objeto de inscripción registral. LACRUZ BERDEJO, J.L. Derechos Reales. Volumen II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. 2ª Edición. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1991, pág. 278. En la misma línea, la STS de 31 de enero de 2001.

## b) Fase postnegocial. Protección registral.

Una circunstancia que se ha planteado de forma recurrente cuando se abordan operaciones que se canalizan mediante el derecho de superficie (o a través de un contrato de arrendamiento) es que **el terreno sobre el que se formaliza dicho negocio jurídico suele estar sujeto a gravámenes limitativos de la propiedad, como**

**puede ser una hipoteca que garantiza una obligación principal del dueño del suelo.**

En este contexto, surge la cuestión acerca de cómo puede afectar una eventual ejecución hipotecaria al derecho de superficie adquirido, y es que según el artículo 674.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez iniciado el proceso de ejecución y celebrada la subasta, a instancia del adjudicatario

de la finca hipotecada se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores (entre las que estaría el derecho de superficie). En el mismo sentido que la LEC se pronuncian los artículos 133 y 134 de la Ley Hipotecaria.

Respecto a la naturaleza de las normas de ejecución hipotecaria, entre las que se encuentra el antedicho precepto de la Ley Rituaria, hemos de

## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOTECA

- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos. Madrid, 2015
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Propiedad y derechos reales de goce*. Marcial Pons. Barcelona. 2010
- DE LA IGLESIA MONGE, M.I. *El nuevo derecho de superficie*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 712, 2009
- COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 710, 2008
- TRUJILLO CABRERA, C.: *El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo*, Revista Jurídica de Canarias, núm. 9, 2008
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Derechos de las cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. 6ª Edición. Tecnos. Madrid. 1997
- LACRUZ BERDEJO, J.L. Derechos Reales. Volumen II. *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. 2ª Edición. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1991
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana*, Sevilla, 1960

Disponible en: [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- MORANT VIDAL, PURIFICACIÓN Y JESÚS CREMADES GARCÍA. *Código de Derecho Inmobiliario y de la Vivienda*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009
- VARIOS AUTORES. *Manual de Gestión Inmobiliaria II*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2012

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- GÓMEZ-MAMPASO DEL PALACIO, RICARDO. *Reforma de la ley hipotecaria.registro /Catastro. Las claves prácticas de la ley 13/2015 de 24 de Junio*. Economist&Jurist N°197. Febrero 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- JIMÉNEZ, CLARA ELIZALDE, MARÍA Y CALVO, VICTORIA. *Novedades legislativas en materia de ITP-AJD en las comunidades autónomas para el ejercicio 2015 (1ª parte)*. Fiscal-Laboral al Día N°. 233. Marzo 2015. ([www.fiscalaldia.es](http://www.fiscalaldia.es))

recordar que éstas revisten el carácter de *ius cogens* o derecho necesario, por lo que se sitúan extramuros de la voluntad de las partes, que nada pueden hacer para modificar sus derechos y obligaciones una vez se desencadena el proceso de ejecución hipotecaria.

Ante este proceloso escenario, existen **ciertas soluciones que pueden ayudar a sortear el perjuicio que puede causar una eventualidad de este tipo:**

**Una opción es acudir al artículo 111 de la Ley Hipotecaria.** Dicho precepto prevé que salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, -cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice-, no comprenderá los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria. Por tanto, una forma de averiguar si podemos proteger el derecho de superficie del proceso de ejecución sería examinar la escritura hipotecaria, con el fin de asegurarnos de que no contiene acuerdo alguno en este sentido.

**Otra alternativa posible sería formalizar un pacto de subsistencia del derecho de superficie con el acreedor hipotecario.** No obstante, este pacto puede devenir ineficaz si finalmente no se adjudica la finca este acreedor sino un tercero ajeno al precitado acuerdo. Además, posiblemente exigiría una elevada compensación económica al referido acreedor.

La mejor solución, bendecida por la Resolución de la DGRN de 26 de junio de 2014 es la que nos ofrece el denominado pacto de posposición o permuta de rango, consagrado en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. En

virtud de este acuerdo, se produciría una inversión de rango registral de los derechos afectados, gozando a la sazón de prioridad el derecho de superficie. **La transacción mencionada goza de plena operatividad siempre y cuando el acreedor hipotecario lo consienta expresamente.**

#### De carácter temporal

##### a) Plazo para proceder a la construcción

Un plazo que juega un papel relevante en esta tipo de contratos es el relativo a la construcción de la edificación. **La importancia de este periodo es tal que si el superficiario lo incumple, puede considerarse una causa de resolución del contrato, según el artículo 54.5 del actual TRLS.**

##### b) Plazo de duración del derecho

**El artículo 53.2 del TRLS establece que el derecho de superficie ha de tener una duración máxima, que puede ser de hasta noventa y nueve años.** Con esta previsión, que sigue la línea iniciada por el legislador en el año 2008, se ha optado por establecer un único plazo, a diferencia de la anterior legislación, que establecía dos plazos distintos, en función de si el concedente era una Administración Pública o una entidad privada.

**Decíamos supra que uno de los derechos del superficiario consiste en ser dueño de lo construido.**

Pues bien, esta afirmación debe ser matizada, si consideramos que el establecimiento de un plazo máximo de duración para el disfrute del superficiario hace, en cierto modo, ilusoria la expectativa de poseer lo construido en

concepto de dueño, y ello porque a pesar de ostentar un poder casi absoluto sobre la edificación, hemos de tener en cuenta que ésta, como norma general, pasará a ser propiedad del dueño del terreno, una vez expire el derecho de superficie.

#### DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO

El negocio jurídico del arrendamiento ha sido tipo contractual más utilizado para llevar a cabo construcciones en suelo ajeno, puesto que constituía una forma de ahorrar los costes ínsitos a la adquisición de la propiedad del terreno sobre el que se iba a edificar un determinado proyecto. Otra razón de peso sería que su formalización era más sencilla, tanto por conocida, como por la flexibilidad que permitía mediante la negociación de las partes de los términos por los que iba a regirse el acuerdo.

Empero, existen acusadas diferencias respecto al derecho de superficie, que merece la pena exponer, cuales son, entre otras:

En primer lugar, **sobre la naturaleza jurídica de ambos derechos, es pacífica la configuración del derecho de superficie como un derecho real.** Sin embargo, el derecho de arrendamiento, pese a ser un derecho de carácter personal o subjetivo, ha sido objeto de intensos debates doctrinales en lo que respecta a su naturaleza jurídica, puesto que desde algunos sectores se ha defendido su carácter de derecho real<sup>12</sup>.

El régimen normativo es también muy distinto. A diferencia del derecho de superficie, cuyo marco legal vimos anteriormente, el arrendamiento se rige

<sup>12</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. Sistema de Derecho Civil. Derechos de las cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª Edición. Tecnos. Madrid. 1997, pág. 46.

por la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), -véase a estos efectos el artículo 3 LAU y artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos sensu contrario-. En el primero de los textos se prevé que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil”*. Consecuencia de lo anterior es que los derechos y obligaciones patentados en los Títulos I y IV de dicha norma son imperativos, por lo que, en cierto modo, se sustrae autonomía a las partes para regular el acuerdo según sus necesidades.

Otra diferencia importante queda referida a la posibilidad de transmitir el derecho una vez se obtiene. Así, **mientras que en el derecho de arrendamiento cualquier subarriendo o cesión está sometido a consentimiento del arrendador** - por lo que ha de pactarse expresamente en el contrato-, **el derecho de superficie es transmisible y puede ser objeto de gravamen, como decíamos anteriormente, ministerio legis**.

En lo que respecta a los términos económicos, debemos hacer referencia a que **la fianza es sólo obligatoria en el contrato de arrendamiento, al estar incluida en el Título IV de la LAU, que obliga a adelantar una**

**fianza equivalente a dos meses de renta**. Sobre la forma de pago, mientras que el derecho de arrendamiento se satisface mediante la renta, el derecho de superficie puede abonarse mediante una suma a tanto alzado, o mediante el denominado canon superficiario.

Finalmente, en lo que respecta a las **causas de resolución del contrato**, éstas se prevén para el arrendamiento en el artículo 27 LAU, entre las que se encuentran la **falta de pago de la renta o el subarriendo inconstituido**. La superficie, por el contrario, se resuelve por la renuncia, la confusión o el mutuo disenso entre las partes. ■

## CONCLUSIONES

- Una vez expuestos los anteriores razonamientos, parece claro que el derecho real de superficie es hoy una alternativa idónea para emprender actividades de construcción en suelo ajeno. Ello conlleva una disminución de los costes iniciales del proyecto, al no tener que adquirir la propiedad del terreno
- En lo que se refiere a su naturaleza jurídica, y pese a tener rasgos comunes con el derecho de propiedad - al menos respecto a la relación entre el superficiario y lo construido-, resulta palmario su carácter real. Por otra parte, su régimen normativo, al menos en materia de derecho civil, es el TRLS de 2015, respetándose lo regulado por los derechos forales de Navarra y Cataluña en dichos territorios en ejercicio de las facultades conferidas por nuestro ordenamiento constitucional, por lo que el orden de prelación será, por este orden, lo dispuesto por el precitado TRLS, las restantes normas civiles, y lo negociado por las partes
- Sobre los elementos que configuran este contrato, podemos dividirlos entre los personales (y la doble relación que surge tras la constitución de este contrato, en cuya virtud distinguíamos entre el derecho a edificar que obtiene el superficiario y la propiedad superficiaria que ostenta este último tras haber procedido a la construcción), los formales (será necesaria su formalización en escritura pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad), y los de naturaleza temporal (su duración máxima es de noventa y nueve años)
- Tradicionalmente se ha propugnado que el derecho de arrendamiento es más ventajoso en términos económicos, argumento que quiebra ex definitione, y ello por estos dos motivos. En primer lugar, porque el superficiario tiene la posibilidad - garantizada por ley - de transmitir y gravar este derecho real, por lo que permite obtener flujo X de efectivo en caso de necesidades de tesorería. También permite, como se ha explicado, evadir la obligatoriedad de la fianza
- A su vez, el derecho de superficie permite garantizar la amortización del proyecto construido, y ello en virtud de su mejor protección registral, que se ve reforzada por su carácter de derecho real, frente a otros derechos más comunes, como el de arrendamiento, por lo que permite al superficiario que su derecho subsista íntegro a pesar de los cambios subjetivos en la propiedad del terreno. Lo mismo cabe afirmar respecto a una eventual ejecución, si bien no con carácter absoluto, si tenemos en cuenta lo previsto por el 674.2 LEC, si bien existen herramientas para sortear esta eventual dificultad, como la patentada por el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, a través del pacto de posposición o permuta de rango

# GASTOS DEDUCIBLES EN EL IRPF EN DESARROLLO DE LA ABOGACÍA POR CUENTA PROPIA



**Luis Bravo.** Socio de Cuatrecasas Gonçalves Pereira

## SUMARIO

1. El mecanismo de determinación del rendimiento neto
2. Tipología de gastos más comunes
3. Gastos deducibles con determinadas limitaciones
4. Gastos controvertidos
5. Especialidades de la estimación directa simplificada

*Como cada mes de mayo, nos enfrentamos con nuestra obligación de cumplimentar la declaración del IRPF. Para casi 150.000 letrados ejercientes<sup>1</sup> ello implica una tarea que reviste cierta complejidad ya que, aun cuando como expertos en derecho están facultados para ello, la materia tributaria exige unos conocimientos específicos que a menudo escapan a su habitual campo de actuación. Si a ello le unimos el hecho de que la cuantificación del rendimiento neto para aquellos que ejercen por su cuenta la abogacía se calcula mediante un conjunto de normas basadas en la mecánica del Impuesto sobre Sociedades, fácilmente puede comprenderse que el consejo de un experto en materia fiscal puede resultar de gran ayuda.*

*Es por ello que el presente artículo trata resumir el estado actual de la doctrina y jurisprudencia en materia de deducción de gastos, todo ello con la finalidad de facilitar la identificación de los criterios que determinan la admisibilidad de los gastos incurridos en el ejercicio de la actividad como deducibles.*

### EL MECANISMO DE DETERMINACIÓN DEL RENDIMIENTO NETO

Cuando el ejercicio de la abogacía se realiza por cuenta propia, el IRPF cali-

fica los rendimientos netos así obtenidos como rendimientos de actividades económicas, lo que implica cuantificarlos conforme a las siguientes reglas:

(I) Con carácter general, **se aplican**

**las normas del Impuesto sobre Sociedades, con todas sus especialidades y limitaciones, las cuales no enumeran una lista de gastos deducibles, si no que operan de forma inversa: par-**

<sup>1</sup> Datos a 2015, según el Consejo General de la Abogacía Española.

tiendo del resultado contable de la entidad, discriminan determinadas partidas de gastos, tales como el propio Impuesto, las liberalidades y los no correlacionados con los ingresos, las sanciones, los deterioros de instrumentos financieros y del inmovilizado, etc. A su vez, limitan determinados gastos, como los financieros y cuantifican de forma objetiva algunos tales como las amortizaciones.

(II) Para la determinación del rendimiento neto no se tienen en cuenta las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a las mismas, pues se integrarán como tales en la base del ahorro.

(III) Adicionalmente a lo anterior, **la normativa del IRPF establece dos mecanismos de cuantificación con sus respectivas especialidades: la estimación directa (normal y simplificada) y la objetiva.** No analizaremos esta última al no ser de aplicación en el supuesto del ejercicio de la abogacía, por lo que nos centraremos en la estimación directa, en su modalidad normal y la especialidad simplificada.

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Ley del Impuesto sobre Sociedades (Normas básicas. Marginal: 4858). Art.15, e)

A la vista del anterior conjunto de reglas y normas aplicables en esta materia fácilmente se colige que la tarea de determinar cuáles de los gastos asumidos por los letrados en el ejercicio de la actividad resultan deducibles de los ingresos obtenidos, es una tarea que entraña ciertas dificultades. En las próximas líneas trataré de ayudarles a ello de la forma más didáctica posible.

## TIPOLOGÍA DE GASTOS MÁS COMUNES

**Conforme a las normas del Impuesto sobre Sociedades, se exige que los gastos guarden una correlación con los ingresos para ser deducibles<sup>2</sup>.** Consecuentemente, los gastos incurridos en el ejercicio de la actividad podrán ser deducibles, previa acreditación de su realidad (facturas, recibos, extractos bancarios, contratos, etc.) y de dicha correlación<sup>3</sup>. En tal sentido, **los gastos por alquiler del local en el que se ejerce la actividad, los incurridos por suministros (luz, agua, gas, telecomunicaciones) y los servicios exteriores recibi-**

---

**“La doctrina administrativa niega, por ser susceptible de un uso mixto personal y profesional, el gasto incurrido en vestuario”**

---

<sup>2</sup> Artículo 15.e de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y, entre muchas otras, las contestaciones de la DGT V221/2008 de 6 febrero, y la V1711/2010 de 26 de julio.

<sup>3</sup> En este ámbito, la factura no es el único documento válido para acreditar la deducibilidad del gasto, pudiendo para ello cualquier medio de prueba admitido en derecho. En este sentido, las STS de 19 de septiembre de 2012 y de 12 de febrero de 2015 y la Sentencia de AN de 7 de abril de 1998, así como las Resoluciones del TEAC de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999.

**“Respecto de la modalidad simplificada es importante recordar que está pensada para abarcar por defecto a la gran mayoría de los letrados ejercientes en España pues, es aplicable a aquellos de nosotros con un importe neto de la cifra de negocios que no supere los 600.000 euros anuales del año inmediato anterior”**

## JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 6 de septiembre de 2013, núm. 644/2013, N° Rec. 596/2009, (Marginal: 2444183)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2012, N° Rec. 4466/2011, (Marginal: 2405897)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2012, N° Rec. 5680/2008, (Marginal: 69726941)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de abril de 2011, N° Rec. 177/2010, (Marginal: 2271007)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 7 de abril de 1998, N° Rec. 52/1995, (Marginal: 69726942)

**dos de terceros** (p.e. bases de datos, servicios informáticos, traductores, colaboradores externos), podrían tener cabida en este capítulo. **Igualmente ocurre con los gastos del personal contratado para el desarrollo de la actividad**, las compras de material de oficina de escaso valor unitario y de consumibles, las cuotas colegiales y los gastos de formación y actualización en materias relacionadas con la actividad

desarrollada, entre otros.

**También son deducibles las cantidades satisfechas, en virtud de contratos de seguro, a la preceptiva Mutuality cuando ésta actúe como alternativa al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos**, con el límite de la cuota máxima por contingencias comunes<sup>4</sup>.

También son deducibles las primas satisfechas por el seguro de responsabilidad civil del abogado y por otros contratos que aseguren los elementos patrimoniales afectos al desarrollo de la actividad.

En este capítulo **no queremos dejar de mencionar a los gastos incurridos por el pago de primas de seguros de enfermedad tanto del propio abogado, como de su cónyuge e hijos menores que convivan con él**. Dichas cantidades son deducibles con el límite de 500€ por persona (1.500€ si sufren discapacidad).

## GASTOS DEDUCIBLES CON DETERMINADAS LIMITACIONES

Las amortizaciones de los elementos afectos al desarrollo de la actividad (inmuebles, mobiliario, software, equipos informáticos), han de ajustarse a lo previsto en las nuevas tablas simplificadas de amortización contenidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades<sup>5</sup>. En su caso, adicionalmente podrán aplicar el régimen de empresas de reducida dimensión que permite acelerar las amortizaciones de forma sensible.

En cuanto a los gastos financieros incurridos con terceros, caso de darse, hemos de recordar que, **aun cuando la normativa del Impuesto sobre Sociedades limita su deducibilidad anual al 30% del beneficio operativo, opera un franquicia de un millón de euros por sujeto pasivo lo que previsiblemente superará la cantidad devengada por la inmensa mayoría de los letrados**.

Respecto de los denominados de-

<sup>4</sup> Este límite es una novedad desde el año 2015, con lo que deberemos aplicarlo en la declaración que ahora se está cumplimentando.

<sup>5</sup> ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Empresas\\_y\\_profesionales/Empresas\\_y\\_profesionales/Rendimientos\\_de\\_actividades\\_economicas\\_en\\_el\\_IRPF/Regimenes\\_para\\_determinar\\_el\\_rendimiento\\_de\\_las\\_actividades\\_economicas/Estimacion\\_Directa\\_Simplificada.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Empresas_y_profesionales/Empresas_y_profesionales/Rendimientos_de_actividades_economicas_en_el_IRPF/Regimenes_para_determinar_el_rendimiento_de_las_actividades_economicas/Estimacion_Directa_Simplificada.shtml))

teriores de elementos patrimoniales, la normativa del Impuesto sobre Sociedades ha dejado escaso hueco a su deducibilidad, de tal suerte que, tratándose de abogados, dicho capítulo queda prácticamente ceñido a los deterioros de los saldos de clientes. Obviamente dicho deterioro cobra mayor importancia para aquellos que no apliquen un criterio de caja, pues éstos sólo quedan expuestos a dichos deterioros por la parte relativa al reembolso de gastos anticipados por el letrado. La normativa exige para su deducibilidad alguna de las siguientes circunstancias:

(I) Que hayan transcurrido más de seis meses desde su vencimiento.

**“Son deducibles las cantidades satisfechas, en virtud de contratos de seguro, a la preceptiva Mutualidad cuando ésta actúe como alternativa al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”**

(II) Que el deudor haya sido declarado en situación de concurso.

(III) Que esté procesado por delito de alzamiento de bienes.

(IV) Que las obligaciones sean ob-

jeto de un procedimiento judicial, o arbitral en el que discuta o persiga su cobro.

Recordemos que se impide la deducibilidad del deterioro de créditos frente a la administración pública o

**Suscríbese a**

# Economist & Jurist

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



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

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

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

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](mailto:datos@difusionjuridica.es).

\* I.V.A. no incluido.

☐ No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

personas y entidades vinculadas, salvo en determinadas circunstancias.

## GASTOS CONTROVERTIDOS

La natural tendencia de los sujetos pasivos a deducir determinados gastos de naturaleza mixta (personal y profesional), ha llevado a toda una suerte de doctrina administrativa y praxis por parte de la Administración Tributaria claramente encaminada a limitar dicha deducibilidad de forma muy restrictiva. **Los pilares de dicha construcción jurídica son dos: la necesaria correlación entre los ingresos y los gastos y la exclusión legal establecida en la normativa del IRPF respecto de los elementos patrimoniales de uso mixto** (vehículos, principalmente). Veamos algunos ejemplos:

(I) **Comidas, alojamiento y gastos de viaje:** Se admite su deducibilidad en la medida en la que ha-

yan sido objeto de repercusión a los clientes o la propuesta de servicios los incluya por cuenta del abogado.

(II) En cuanto a los denominados **gastos promocionales** (que pueden incluir regalos, comidas y otro tipo de atenciones a clientes y proveedores), **recordemos que la normativa del Impuesto sobre Sociedades remite a un doble límite: el que corresponda conforme a los usos y costumbres y, como máximo, la cifra del 1% del importe de la cifra neta de negocios del período impositivo.** Este último, novedad para 2015, estrecha de forma considerable las cantidades deducibles por este concepto, a salvo de lo que luego veremos en el régimen de estimación directa simplificada.

(III) La doctrina administrativa niega, por ser susceptible de un uso mixto personal y profesional, el gasto incurrido en ves-

**tuario** (trajes, camisas, corbatas, etc.). Por el contrario viene siendo comúnmente aceptado la deducibilidad del gasto incurrido en vestuario profesional (toga y otros distintivos preceptivos), al ser exigido su uso por ley<sup>6</sup>.

(IV) Otro capítulo especialmente debatido es **el relativo a los vehículos y sus gastos accesorios** (seguro, combustible, reparaciones, parking), así como otros elementos de cierto valor (teléfonos móviles, dispositivos tipo Tablet, etc.) que igualmente pueden ser susceptibles de un uso privado y profesional. Ya hablemos de la deducibilidad de sus amortizaciones, como de sus cuotas de arrendamiento y gastos corrientes, lo cierto es que, **salvo poder disponer de una prueba determinante respecto de la ausencia del uso privado, la administración viene siendo especialmente restrictiva al respecto**<sup>7</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

### BIBLIOTECA

- DELGADO GARCÍA, ANA M<sup>a</sup> Y OLIVER CUELLO, RAFAÉL. *Administración electrónica tributaria*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2009
- DELGADO GARCÍA, ANA MARÍA Y OLIVER CUELLO, RAFAEL. *Actividades de Derecho Financiero y Tributario. Un enfoque por competencias*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2009

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SENDÍN CIFUENTES, JUAN LUIS. *El adelanto de la segunda parte de la reforma tributaria del IRPF a 2015*. Economist&Jurist N°194. Octubre 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- GUZMÁN LÓPEZ, MIGUEL. *Sobre el "valor de adquisición" de un inmueble al efecto de declarar tras su venta la ganancia patrimonial en el IRPF*. Inmueble N°. 160. Abril 2016. ([www.revistainmueble.es](http://www.revistainmueble.es))

<sup>6</sup> Vid. Consulta V1711/2010 de 26 de julio.

<sup>7</sup> Vid. Consulta V1711/2010 de 26 de julio.

## ESPECIALIDADES DE LA ESTIMACIÓN DIRECTA SIMPLIFICADA

Respecto de la modalidad simplificada es importante recordar que está pensada para abarcar por defecto a la gran mayoría de los letrados ejercientes en España pues, salvo renuncia expresa y previa del contribuyente, es aplicable a aquellos de nosotros con un importe neto de la cifra de negocios que no supere los 600.000 euros anuales del año

inmediato anterior. O sea, a la inmensa mayoría.

Pues bien, en ella y como su propio nombre indica, se trata de “facilitar” dicha labor al sujeto pasivo mediante una doble labor:

**(I) Objetivando determinados gastos, los correspondientes a provisiones deducibles y gastos de difícil justificación, en una cifra anual del 5% del rendimiento neto con un máximo de 2.000 euros. Este tope máximo**

**es una novedad para 2015 y sólo tendrá un efecto práctico para aquellos que obtengan un rendimiento neto de la actividad superior a 40.000 euros.**

(ii) Calculando las amortizaciones del inmovilizado material mediante el método lineal, en función de las tablas simplificadas aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y la aplicación de lo previsto en el régimen de entidades de reducida dimensión. ■



## CONCLUSIONES

- Revisar de forma rigurosa el nexo que vincula el gasto incurrido con la generación de ingresos y, además,
- Disponer de la prueba documental que nos permite demostrar dicha conexión. Sin alguno de ambos requisitos (nexo y prueba) la deducibilidad podría ser cuestionada por la Administración, con las graves consecuencias que ello acarreará para el profesional en cuestión

# DEMANDA DE DESPIDO IMPROCEDENTE Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR IMPAGO DEL SALARIO A TRABAJADOR SIN CONTRATO DE TRABAJO

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)  
[casosreales@difusionjuridica.es](mailto:casosreales@difusionjuridica.es)



## SUMARIO

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

## EL CASO

### Supuesto de hecho

Barcelona, 25-06-2015

Don Martín y la mercantil B solicitaron la prestación de servicios de Don

Darío como jardinero a jornada completa a cambio de la contraprestación de 900€ mensuales el 1 de noviembre de 2014. Este acuerdo no se reflejó en contrato de trabajo alguno.

Si bien Don Darío fue prestando sus servicios como le indicaban Don Mar-

tín, quien era el encargado de distribuir su trabajo que realizaba en diversos lugares, Don Darío no recibió pago de salario alguno más allá de 50 euros a la semana, que el trabajador utilizaba para sufragar los gastos de dieta y transporte. Desde abril, Don Darío dejó de recibir incluso esos cincuenta euros semanales, por lo que reclamó al empresario. En fecha 25 de junio de 2015, Don Martín le comunicó que o tenía paciencia para el cobro o que le despediría.

### Objetivo. Cuestión planteada

El cliente es Don Martín, quien no desea hacerse cargo de indemnización por despido ni de las cantidades reclamadas.

### La estrategia. Solución propuesta

El letrado de Don Martín plantea como estrategia inicial probar que era la mercantil B la encargada de contratar y abonar el salario a Don Darío.

## EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

**Orden Jurisdiccional:** Laboral

**Juzgado de inicio del procedimiento:** Juzgado de lo Social de Mataró

**Tipo de procedimiento:** Procedimiento despido.

**Fecha de inicio del procedimiento:** 30-07-2015

### Partes

- Parte demandante:
  - Don Darío.
- Parte demandada
  - Don Martín (cliente) y la mercantil B.

### Peticiones realizadas

- Parte demandante:
  - Que teniendo por presentado el escrito, se admita la demanda y

se dicte sentencia estimándola y reconociendo la improcedencia del despido y el adeudo de las cantidades reclamadas, condene a la demandada a que proceda a la readmisión del demandante con abono de los salarios de tramitación o al pago de la indemnización legalmente establecida, así como al pago de las cantidades reclamadas y dada la notoria temeridad, se le imponga sanción pecuniaria.

- Parte demandada

- Dado que finalmente se llegó a un acuerdo, la parte demandada no llegó a realizar petición alguna ante el juzgado.

### Argumentos

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

Que Don Darío comenzó a prestar sus servicios por cuenta de Don Martín y de la Mercantil B sin contrato el 1.11.2014 como jardinero por el

que iba a percibir 900euros mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias.

Que Don Darío prestó sus servicios en distintos centros de trabajo según le indicaba Don Martín.

Que Don Martín no ha cumplido con su obligación de pago, abonando únicamente al trabajador 50 euros a la semana que Don Darío usaba para sufragar gastos de dieta y transporte. Habiendo estado en esa situación 8 meses.

Que Don Darío ha exigido a Don Martín las cantidades debidas, que ante la negativa, Don Darío se negó a seguir trabajando en tales condiciones, ante lo cual el 25.6.2015 Don Martín le comunicó que o tenía paciencia o estaba despedido. Que esto lo denunció ante la Inspección de trabajo.

Que Don Martín ha remitido varios mensajes a Don Darío llegando incluso a amenazarle.

Que Don Martín no dio de alta al trabajador, no le hizo contrato ni le

pagó el salario, y ante la reclamación le despidió, dejándole a deber 13.621 euros más la indemnización que corresponda.

Que se ha presentado papeleta de conciliación y su resultado se comunicará.

Que Don Martín no está afiliado a ningún sindicato ni ha ostentado cargo sindical o legal.

Que el despido debe considerarse nulo o subsidiariamente improcedente al no tener causa justificada.

- Parte demandada:
- Dado que finalmente se llegó a un acuerdo, la parte demandada no llegó a alegar argumento alguno ante el juzgado.

### Normas

- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de procedimiento laboral.

### Documentación aportada

La parte demandante en su demanda aportó los siguientes documentos:

Denuncia a Inspección de Trabajo del 27 de junio de 2015.

Cédula de citación para acto de conciliación.

### Prueba

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

Interrogatorio de las demandadas, Don Martín y la Mercantil B.

Testificales: propietario de una de las viviendas donde prestaba sus servicios.

### Resolución Judicial

**Fecha de la resolución judicial:** 21-01-2016

**Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:** El Juzgado de lo Penal de Mataró dictó Decreto teniendo por desistido a Don Darío y archivando la demanda.

**Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:** El Decreto basa el archivo en el desistimiento de Don Darío por satisfacción extraprocesal del asunto.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, núm. 3026/2015, de 26-11-2015. **Casosreales.es. Jurisprudencia. Marginal: 69472490**
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña/Catalunya, núm. 6760/2015, de 13-11-2015. **Casosreales.es. Jurisprudencia. Marginal: 69470464**
- Tribunal Supremo, núm. 0/0, de 18-02-2016. **Casosreales.es. Jurisprudencia. Marginal: 69719235**

### DOCUMENTOS JURÍDICOS

**Documentos jurídicos de este caso:**

**Documentos disponibles en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)**

**casosreales.es Nº de Caso: 7883**

1. Demanda
2. Solicitud de conciliación
3. Acta de conciliación negativa
4. Acuerdo extrajudicial
5. Desistimiento
6. Decreto de archivo

### Formularios jurídicos relacionados con este caso.

Acumulación de acciones de despido y reclamación de cantidad (Art. 26.3 párrafo 2º de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

### BIBLIOTECA

**Disponible en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)**  
**Nº de Caso: 7883**

#### • Libros

- Todo sobre el proceso laboral
- La diversas modalidades de contratación laboral
- Formularios laborales ajustados a la ley de procedimiento laboral. Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral

#### • Artículos jurídicos

¿Hasta cuándo debe calcularse el pago de indemnización por despido? (Marzo 2016)

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

## AL JUZGADO

D..... provisto de Pasaporte..... y domicilio a efecto de notificaciones el del despacho profesional de la Letrada..... el sito en..... ante este organismo conciliador comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO**:

Que mediante el presente escrito formulo **DEMANDA DE DESPIDO IMPROCEDENTE Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, frente a..... Con domicilio en Barcelona, en la calle.....y frente a.....en la persona de su legal representante, con domicilio social en..... y CIF desconocido por el trabajador, en base a los siguientes

## HECHOS

**PRIMERO.-** Comencé a prestar mis servicios por cuenta de las empresas demandadas y sin contrato en fecha 1.11.2014, como jardinero y en horario de 9h, a 21h o de 7h a 18h, habitualmente, de lunes a viernes, por el que iba a percibir una contraprestación inicial de 900€ netos mensuales aproximadamente como así me manifestó el empresario, con prorrateo de pagas extraordinarias, aun cuando según convenio de aplicación el salario está establecido en 1.055,33€

**SEGUNDO.-** El trabajador ha venido prestando sus servicios en distintos centros de trabajo tales como el sito en....., en distintas viviendas de Barcelona (de los que desconoce dirección exacta) y en.....

El trabajador dependía del empresario.....que era quien distribuía el trabajo, le indicaba a qué lugar de trabajo debía acudir, quien muchas de las veces se encargaba de recoger al actor por la mañana y llevarle al centro de trabajo y quien supuestamente debía abonar los salarios y realizar la contratación desconociendo así mismo que relación laboral, comercial o mercantil tiene con la otra empresa demandada. El caso es que el empresario no ha venido cumpliendo con su obligación de pago, abonando únicamente al trabajador 50€ a la semana, que el trabajador terminaba usando para sufragar los gastos de dieta y transporte. Sin embargo desde hace tres meses que el empresario ha dejado incluso de abonar esta irrisoria cantidad, y ello a pesar de todas las horas extras que diariamente realizaba el trabajador. Por no olvidar que el trabajador ha estado más de 8 meses prestando sus servicios sin constatarse voluntad real alguna para regularizar su situación.

El trabajador incansablemente ha exigido al empresario las cantidades debidas sin que este haya tenido intención alguna de abonar con lo que, cansado de la situación, el Sr..... se negó a seguir trabajando en esas condiciones. Como consecuencia de ellos el empresario el pasado día 25.06.15 le comunicó que o seguía teniendo paciencia o trabajase en otro lugar despidiendo por lo tanto al trabajador.

Fue presentada Denuncia a Inspección de Trabajo en fecha 23.7.15, Copia de la cual se acompaña señalado como **Documento número 1**.

Es menester de esta parte poner en conocimiento del Juzgado que al momento de la presentación del CEMAC se desconocía cualquier dato de la filiación del empresario dado que este siempre lo había ocultado precisamente para evitar la interposición de cualquier acción judicial. Sin embargo hace apenas unos días, el Sr..... llamó a la asistencia letrada del trabajador para darle su versión de los hechos, manifestando que había tenido conocimiento de la interposición de la Papeleta de conciliación por una tercera persona (intuimos por la empresa codemandada) y facilitó la dirección y el teléfono indicados

por esta representación, desconociendo si son reales o no.

**TERCERO.-** Lejos de quedarse aquí, el Sr.....ha remitido varios mensajes de texto al Sr..... llegando incluso amenazarle, por lo que asustado por la situación, no le ha quedado más remedio que acudir al amparo judicial. El contenido de dichos mensajes así como la demás prueba fehaciente, sea acompañado en el acto de juicio y de no alcanzar un acuerdo en sede de conciliación.

**CUARTO.-** En definitiva, el empresario no dio de alta al trabajador, no le hizo contrato, no le pagó el salario debido y ante la reclamación del trabajador, le despidió, dejando a deber la cantidad de 13.621,37€ brutos más la indemnización que corresponda según se desprende del siguiente desglose y aplicando el Convenio Estatal de Jardinería aplicable:

(....)

**QUINTO.-** Ha sido presentada Papeleta de Conciliación ante el organismo correspondiente, cuyo acto será celebrado el próximo día 6.8.15

Se acompaña señalado como Documento Número 2 Cédula de Citación que acredita dicho extremo.

**SEXTO.-** El actor no se haya afiliado a sindicato alguno y dentro del último año tampoco han ostentado cargo alguno de representación sindical o legal de los trabajadores de la Empresa.

**SEPTIMO.-** Se interpone la presente demanda dado que el mencionado despido adolece de todas las garantías jurídicas para el trabajador, debiéndose considerarse nulo o subsidiariamente improcedente al no tener causa justificada. Así mismo se interpone la presente demanda en reclamación de cantidades dado que hasta la fecha el trabajador no ha percibido los salarios y demás conceptos adeudados.

Por todo ello interesa de la Empresa se proceda a reconocer la improcedencia del despido del que ha sido objeto mi cliente y a readmitirle de forma inmediata en su puesto de trabajo con el correspondiente abono de los salarios dejados de percibir o en su defecto el abono de la indemnización pertinente. Así mismo interesa de la Empresa se proceda a reconocer las cantidades adeudadas y a abonar de inmediato la suma reclamada.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.-Competencia.-** El órgano al que me dirijo ostenta la competencia en virtud de los Artículos 2 a), 6 y 10 de la Ley de Jurisdicción Social.

**II.-Capacidad Procesal, Objeto y Procedimiento.-** Las partes ostentan legitimación activa y pasiva al resultar acreditada la relación laboral que existe entre las mismas, comportando la pretensión deducida un interés objetivado de la parte actora que resulta merecedor de tutela al amparo del art 17 LJS. El procedimiento aplicable es el previsto en los art. 103 y ss de la LJS pudiendo acumular el trabajador la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha según lo preceptuado en el artículo 26.3 de la LJS. Ha quedado acreditada la presentación de conciliación según exige el art. 63 LJS.

**III.-Fondo del asunto.-** El Real Decreto 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Convenio Colectivo de aplicación y la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

**IV.- Sanciones y costas.-** Artículo 97 de la LJS. En la sentencia se podrá imponer al litigante que obro con notoria temeridad una sanción pecuniaria y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados.

**V.-** Iura novit curia y demás leyes y principios de aplicación.

En su virtud;

**SUPlico AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se sirva de admitirlo y tras los trámites legales oportunos se cite a las partes al acto de conciliación y juicio, dictando, en caso de no avenencia, sentencia fundamentada en derecho por la que otorgando tutela judicial efectiva y resolviendo todas las cuestiones debatidas, estime la demanda interpuesta y reconociendo la improcedencia del despido y el adeudo de las cantidades reclamadas, condene a la demandada a que, a su elección, y conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, proceda a la readmisión del demandante con abono en este caso de los salarios dejados de percibir desde que el despido tuvo lugar, o al pago de la indemnización legalmente establecida, así como al pago de las cantidades reclamadas y dada la notoria temeridad que supone la conducta de la demandada se le imponga la sanción pecuniaria que se juzgue procedente y con cuanto más hubiere lugar en derecho, por ser Justicia que se pide en Mataró a 30 de Julio de 2015.

**OTROSI DIGO PRIMERO.-** Que esta parte acudirá al acto de conciliación y juicio asistido de la Letrada citada en el encabezamiento de este escrito.

**OTROSI DIGO SEGUNDO.-** Interesa a esta parte que sin perjuicio de otros medios de prueba que se puedan utilizar en el acto de juicio, propone en estos momentos, los siguientes:

1) INTERROGATORIO de las demandadas para lo cual se interesa sea citado el Sr.....el legal representante de la empresa.....bajo apercibimiento de que de no comparecer será tenido por confesa de los hechos de la demanda conforme dispone el Art 91 del Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Abril.

2) TESTIFICALES interesando que desde la oficina judicial sean citados los siguientes Testigos:

-Propietario(delquese desconocenombreyapellidos)delaviviendasitaen.....  
por ser uno de los lugares de prestación de servicios.

# NUEVA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



**Dr. D. Alfonso Ortega Giménez.** Abogado y Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche

## SUMARIO

1. Normas de derecho internacional privado relativas a la adopción internacional
2. Competencia para la constitución de la adopción internacional
3. Ley aplicable a la adopción
4. Efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras

*Las circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo, unido al descenso de la natalidad en España, han originado que en los últimos años el número de menores extranjeros adoptados por españoles o residentes en España se haya incrementado notablemente.*

*El aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone, a su vez, un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redundará siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado.*

*Es preciso poner de manifiesto la trascendencia que tienen en esta nueva ordenación los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986), en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995.*

## NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVAS A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El Título II de la LAI viene referido a las “Normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional” ocupándose de las tres cuestiones capitales *iusinternacional-privatistas*: 1) la “Competencia para la constitución de la adopción internacional” (artículos 14 a 17 de la LAI); 2) la “Ley aplicable a la adopción” (artículos 18 a 24 de la LAI); y 3) los “Efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras” (artículos 25 a 31 de la LAI). Veamos cada una de estas cuestiones:

### COMPETENCIA PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales

Con carácter general, **los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos:**

- Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.
- Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Código Civil (Normas básicas. Marginal: 3716) Arts.; 9.4, 19
- Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Normas básicas. Marginal: 2769)
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (Normas Básicas. Marginal: 69410452)
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (Normas básicas. Marginal: 71373). Arts.; 14 a 31
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Normas básicas. Marginal: 6927282)

La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el

momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública.

---

**“Los Cónsules podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública”**

---

## “La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando”

### JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2014, núm. 138/2014, Nº Rec. 153/2013, (Marginal: 2450747)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de marzo de 2014, núm. 187/2014, Nº Rec. 1026/2013, (Marginal: 69489017)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 17 de junio de 2009, núm. 359/2009, Nº Rec. 119/2009, (Marginal: 334810)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de marzo de 2008, núm. 296/2008, Nº Rec. 1247/2003, (Marginal: 1526133)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 7 de enero de 2004, núm. 2/2004, Nº Rec. 442/2003, (Marginal: 161185)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 23 de julio de 2003, Nº Rec. 3664/2003, (Marginal: 161767)

#### Competencia judicial internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena en supuestos internacionales

Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción en los siguientes casos:

a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.

b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.

c) Cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.

Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple o no plena (aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española), los Juzgados y Tribunales españoles

serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior.

#### Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional

La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria; o, en su caso, corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

#### Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales

**Siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los Cónsules podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública.** La nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente de adopción.

En la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria.

#### LEY APPLICABLE A LA ADOPCIÓN

##### A) Ley aplicable a la constitución de la adopción

**La constitución de la adopción por la autoridad competente es-**

pañola se registrará por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.
- b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

#### Capacidad del adoptando y consentimientos necesarios

**La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:**

- a) Si el adoptando tuviera su resi-

---

**“El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español”**

---

dencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.

- b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, úni-

camente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

No procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada.



**En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.**

Consentimientos, audiencias y autorizaciones

**La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurren estas circunstancias:**

a) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Se entenderá que concurre «interés del adoptando», particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita,

según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así.

b) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal.

**Ley aplicable a la conversión y nulidad de la adopción**

La ley aplicable a la conversión de la adopción no plena en plena y a la nulidad de la adopción será la aplicada para su constitución.

**Orden público internacional español**

**En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español.** A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos

de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español.

**Cooperación internacional de autoridades**

Cuando la autoridad extranjera que va a constituir la adopción, siendo el adoptante español y residente en dicho país, solicite información sobre él a las autoridades españolas, el Cónsul podrá recabarla de las autoridades del último lugar de residencia en España, o facilitar la información que obre en poder del Consulado o pueda obtener por otros medios.

**EFFECTOS EN ESPAÑA DE LA ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDADES EXTRANJERAS**

**Normas internacionales**

**La adopción constituida por**

## BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

## BIBLIOTECA

- JOSÉ LUIS SARRIEGO MORILLO. *Guía de la adopción internacional*. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2000
- ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA. *Inmigración y Derecho Internacional Privado*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009

## ARTÍCULOS JURÍDICOS

- HEREDIA ORTIZ, PEDRO, ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO Y PELLICER MOLLÁ, IGNACIO. *Solicitud de visados de residencia y autorizaciones temporales no lucrativas: discrecionalidad de la administración*. Economist&Jurist N°196. Diciembre - Enero 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- MONFORTE, JOSÉ DOMINGO, DE LA FUENTE RUBIO, PILAR, OLIVER AZNAR, GLORIA Y UBEDA BAYO, ANA. *Derecho de familia: Reglas generales y excepciones*. Economist&Jurist N°135. Noviembre 2009. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

autoridades extranjeras será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, y, en especial, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

#### Requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales

En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:

1º) Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido.

2º) Que la adopción no vulnere el orden público.

A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

**Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extran-**

**jera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español.**

Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.

En particular, **las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.**

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable



que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

**Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero.** No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.

Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

**El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español.** Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

#### Control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera

La autoridad pública española ante la que se suscite la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la

protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a través de la presentación del certificado y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento.

En los casos de menores que provengan de países no signatarios del mismo, el Encargado del Registro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento.

#### Requisitos para la validez en España de decisiones extranjeras de conversión o nulidad de una adopción

Las decisiones de la autoridad pública extranjera en cuya virtud se establezca la conversión o nulidad de una adopción surtirán efectos legales en España.

#### Inscripción de la adopción en el Registro Civil



**Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España.**

#### Adopción simple o no plena legalmente constituida por autoridad extranjera

La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o no plena.

La ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad.

La adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil.

**La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se**

**den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.** La conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución.

Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena el Juez competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

- a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen.
- b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.
- c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y

que tales consentimientos no hayan sido revocados.

d) Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del menor.

e) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.

f) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido oído.

g) Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.

#### Orden público internacional

**En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o no plena si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.** A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor. ■

## CONCLUSIONES

- En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social

# SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA DESIGNADA POR EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CONCURSAL Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL



**Juan Carlos Noguera de Erquiaga.** Socio de Pintó Ruíz  
**Óscar Sánchez De La Torre.** Socio de Pintó Ruíz

## SUMARIO

1. Responsabilidad de la persona física
2. Jurisprudencia

*En el concurso culpable de una persona jurídica las personas afectadas por la calificación pueden ser los administradores o liquidadores, de hecho<sup>1</sup> o de derecho, los apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2 LC, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo.*

En este sentido observamos como la Ley Concursal (en adelante, LC) es clara, ya que en ningún momento menciona al representante persona física designada por el administrador

persona jurídica<sup>2</sup>. De ahí y en consecuencia, que su imputación como persona afectada por la calificación tan sólo pueda caber como administrador de hecho **siempre y cuando**

**su imputación se desprenda del informe de la administración concursal y del dictamen del Ministerio Fiscal emitidos en la sección de calificación.**

<sup>1</sup> Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

<sup>2</sup> La Ley de Sociedades de Capital, artículo 212.1, establece que los administradores de la sociedad de capital pueden ser personas físicas o jurídicas. Y el artículo 212 bis LSC que desarrolla la figura, indica que en caso de ser designado administrador una persona jurídica ésta tendrá que nombrar necesariamente a una sola persona natural para que ejerza de forma permanente las funciones propias del cargo, y que dicho nombramiento deberá ser inscrito en el Registro Mercantil.

Así se ha manifestado, entre otras, la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de octubre de 2007, Incidente Concursal nº 36/2004, al señalar que *“las únicas posibilidades de atribución de responsabilidad a la persona física que represente a una persona jurídica que fuera administradora de una sociedad en concurso han de pasar o bien por la prueba de que esa persona física actúa en realidad como administrador de hecho de la concursada -no bastando que dicha persona física sea administradora de hecho o de derecho de la sociedad que ha sido designada administradora o miembro del consejo- ya que la situación de hecho debe acreditarse respecto de la concursada, no respecto de una tercera sociedad. O bien por la vía de la complicidad con el concursado y sus administradores”*.

Este mismo criterio es el que ha venido acogiendo la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencias de 16 de noviembre de 2011, 26 de marzo de 2014 y 20 de octubre de 2014, entre otras), al sostener de manera reiterada **que la responsabilidad recae en el administrador persona jurídica y no en la persona física designada como representante**.

Sin perjuicio de lo anterior, nos

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 69726897). Arts.;165.2
- 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). Arts.; 236

**“En el concurso culpable de una persona jurídica las personas afectadas por la calificación pueden ser los administradores o liquidadores, los apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles del art. 165.2 LC”**

## “La responsabilidad recae en el administrador persona jurídica y no en la persona física designada como representante”



encontramos como la reforma del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introdujo un nuevo apartado 5º con el siguiente contenido: “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Es decir, tras la citada reforma, la LSC habla directamente de una responsabilidad solidaria entre el administrador persona jurídica y su representante persona física, lo que significa que las acciones de responsabilidad podrán dirigirse ya no sólo frente al administrador persona jurídica, sino también frente al representante persona física.

Expuesto cuanto antecede, si trasladamos dicha circunstancia a la esfera concursal, y más concretamente al escenario de la responsabilidad concursal de la sección de calificación

### BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

### BIBLIOTECA

- FERRER VICENTE, JOSÉ MARÍA. *El nuevo derecho concursal. Un progreso y avance en el derecho español. Aspectos prácticos, análisis y desarrollo*. Barcelona. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- PIQUÉ ABOGADOS ASOCIADOS. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ALBIOL, JORDI Y VALCÁRCEL, CRISTIAN. *Actuaciones y plazos procesales básicos para el Administrador Concursal*. Economist&Jurist N°198. Marzo 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- MONTORO COBLES, PATRICIA. *El régimen jurídico de los administradores: dimisión y cese*. Economist&Jurist N°190. Mayo 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

## JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de octubre de 2014, núm. Audiencia Provincial de Barcelona Núm. 336/2014, N° Rec. 227/2014, (Marginal: 69258467)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2014, núm. 110/2014, N° Rec. 483/2013, (Marginal: 69493043)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao de fecha 9 de noviembre de 2012, núm. 217/2012, N° Rec. 816/2012, (Marginal: 2423265)
- Sentencia del tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2012, núm. 394/2012, N° Rec. 723/2010, (Marginal: 2406188)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2011, núm. 614/2011, N° Rec. 614/2011, (Marginal: 2352690)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de noviembre de 2011, núm. 653/2011, N° Rec. 1171/2010, (Marginal: 69726944)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de fecha 5 de octubre de 2007, N° Rec. 36/2004, (Marginal: 326577)

-destinada a sancionar determinadas conductas que hubieran provocado o agravado el estado de insolvencia que determina la declaración del concurso-, comprobamos como no es muy distinto al establecido en la LSC.

Con motivo de la reciente Sentencia nº 83/2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de abril de 2016, en un caso defendido por el Departamento de Concursal de la firma, hemos podido comprobar como la entrada en vigor del citado precepto ha representado importante viraje en la interpretación que nor-

malmente venían haciendo los tribunales, llegando incluso a considerar que la responsabilidad concursal del administrador societario “no consti-

tuye un compartimento estanco al que no le resulten de aplicación las reglas generales de responsabilidad de los administradores sociales”. ■



## CONCLUSIONES

- Por ello, que si bien estaba bastante claro, antes de la llegada del apartado 5º del artículo 236 de la LSC, que sólo se podía construir la responsabilidad de la persona física designada por el administrador persona jurídica a través de la figura del administrador de hecho, ahora vemos como tras la reforma, siempre y cuando los hechos imputados se correspondan a un momento posterior a la modificación sustancial del sistema de responsabilidad que significó la Ley 31/2014, se le podrá extender solidariamente sin necesidad de atribuirle la condición de administrador de facto ni de hacer uso de la doctrina del levantamiento del velo

# QUÉ NO HACER AL CREAR UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA



**Antonio Serrano Coello de Portugal.** Abogado Manager del Dpto. Mercantil y M&A de Ceca Magán

## SUMARIO

1. Crear una Sociedad de Responsabilidad Limitada, ¿es la mejor opción?
2. Lo tengo claro: quiero constituir una SL
3. Solicitud de denominación negativa en el Registro Mercantil Central
4. Depósito del capital social en una entidad bancaria
5. Redacción de estatutos sociales y otorgamiento de la escritura de constitución
6. Trámites en Hacienda e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil

*Lo primero que tenemos que tener en cuenta a la hora de emprender una actividad empresarial es el marco jurídico a través del cual vamos a desarrollar ese negocio. En nuestro ordenamiento jurídico existen distintos vehículos jurídicos que nos van a permitir iniciarnos como empresarios y que se adaptarán mejor o peor a nuestras necesidades en función del tipo de actividad que vayamos a desarrollar, los medios con los que vayamos a contar, las personas que vayan a intervenir, etc.*

*Si nuestra herramienta fundamental de trabajo somos nosotros mismos, es decir, nuestra propia preparación y experiencia, y los medios económicos con los que contamos son en cierta medida limitados, quizás sea un poco prematuro constituir una sociedad de responsabilidad limitada y tenga más sentido darnos de alta en el régimen de trabajadores autónomos. Hay que tener en cuenta que crear una sociedad limitada conlleva unos gastos iniciales de notaría y registro que pueden rondar entre los 600 o 900 euros, y eso sin contar con el desembolso mínimo obligatorio de 3.000€, que tendremos que depositar a nombre de la sociedad en una entidad bancaria. Estos gastos iniciales son solo una pequeña parte de los gastos que, desde el primer día, nuestra sociedad va a ir generando y que, a no ser que tengamos conocimientos avanzados de contabilidad y derecho fiscal, tendremos que contratar con una gestoría o despacho profesional. Estamos hablando de la llevanza de la contabilidad de la compañía, las distintas declaraciones de impuestos, el depósito de cuentas anuales y certificados, etc.*

## CREAR UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, ¿ES LA MEJOR OPCIÓN?

Dicho lo anterior, no queremos decir que la sociedad limitada no sea el vehículo más adecuado, pero sí que **tenemos que contar con una serie de gastos fijos de mantenimiento y que por tanto debemos estar seguros de que vamos a generar los suficientes ingresos como para que la opción sociedad limitada tenga sentido.** Además, también tenemos que tener en cuenta los beneficios que supone desarrollar nuestra actividad a través de una SL, fundamentalmente en lo que se refiere a la imagen que vamos a proyectar a la hora de ofrecer nuestros servicios y en materia de responsabilidad, pues si el negocio no va bien y nos vemos obligados a finalizarlo, nuestra responsabilidad por la deudas que se hayan generado no repercutirán en nuestro patrimonio personal, limitándose, como el propio nombre hace referencia, al patrimonio con el que hayamos dotado a nuestra sociedad.

## LO TENGO CLARO: QUIERO CONSTITUIR UNA SL

Si una vez valoradas las distintas opciones hemos decidido optar por ejercer la actividad o desarrollar el



## JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia de fecha 11 de febrero de 2008, núm. 36/2008, Nº Rec. 672/2006, (Marginal: 2225390)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 21 de diciembre de 2007, núm. 594/2007, Nº Rec. 28/2007, (Marginal: 304192)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 25 de julio de 2007, núm. 322/2007, Nº Rec. 155/2007, (Marginal: 305754)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2006, Nº Rec. 3681/1999, (Marginal: 267195)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2006, núm. 490/2006, Nº Rec. 3719/1999, (Marginal: 267190)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 1995, núm. 973/1995, Nº Rec. 1324/1995, (Marginal: 222432)

negocio a través de una SL vamos a ver cuáles son los distintos pasos o trámites que nos exige la ley y los

errores más comunes que solemos cometer cuando no contamos con el asesoramiento adecuado.

---

**“Una vez hemos firmado la escritura de constitución de la sociedad tendremos que liquidar el impuesto de transmisiones patrimoniales, que en este caso será el 1% del capital social, y acto seguido solicitar el CIF provisional”**

---

---

**“Una vez hemos obtenido el certificado de denominación negativa, nunca antes, tendremos que acudir a una entidad bancaria y abrir una cuenta por un mínimo de 3000€ a nombre de la “sociedad en constitución”**

---

**SOLICITUD DE DENOMINACIÓN NEGATIVA EN EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL**

Uno de los errores más frecuentes y que más quebraderos de cabeza nos suele dar es la solicitud del nombre con el que

pretendemos denominar a nuestra sociedad. El Registro Mercantil Central permite hasta un máximo de 5 alternativas con la idea de que solicitemos, en primer lugar, nuestra denominación preferida y a continuación otras opciones, de forma que si la primera denomi-

nación no nos la conceden pasarán a la siguiente y así sucesivamente. Lo primero que nos suele venir a la mente cuando estamos pensando en un nombre para nuestra sociedad son términos muy categóricos que hablen de nuestra actividad, algo así como “Servicios de *asesoramiento inmobiliario profesional*, S.L.” sin embargo, el Registrador no va a tener en cuenta las denominaciones que solo contienen términos genéricos y con toda seguridad va a rechazar nuestra primera solicitud. ¿Qué suele ocurrir? Que las demás opciones que vamos a solicitar, o bien son simples variaciones de la primera y van a correr la misma suerte que la anterior, como por ejemplo “*Servicios profesionales de asesoramiento inmobiliario*, S.L.”, o bien que no



hayamos pensado que la primera o la segunda opción va a ser desestimada y nos conceda una alternativa que hemos puesto por poner algo y no estemos dispuestos a quedarnos con ella. También puede ocurrir simplemente que, después de la primera o segunda opción, no hayamos previsto otras.

No obstante, la utilización de nombres genéricos es perfectamente posible, pero siempre que los acompañemos con algún nombre real o imaginario que dé un carácter diferenciador a la denominación, que dicho nombre real o imaginario no esté previamente registrado o reservado y siempre que coincidan con una actividad que efectivamente vayamos a llevar a cabo, es decir, si utilizamos la palabra inmobiliario, es porque vamos a realizar alguna actividad relacionada con el sector inmobiliario. Si en el futuro dejáramos de desarrollar esa actividad tendremos que cambiar de denominación social.

Otro de los errores más fre-

**“Hay que tener en cuenta que crear una sociedad limitada conlleva unos gastos iniciales de notaría y registro que pueden rondar entre los 600 o 900 euros, y eso sin contar con el desembolso mínimo obligatorio de 3.000€, que tendremos que depositar a nombre de la sociedad en una entidad bancaria”**

cuentas suele ser utilizar abreviaciones del nombre al principio o al final de la denominación para intentar darle un carácter diferenciador “*Saip servicios de asesoramiento inmobiliario profesional, SL.*”, sin embargo no están permitidas las siglas o abreviaturas de la denominación que acompañan y por tanto la solicitud será denegada.

Finalmente, la utilización de nombres propios es posible

siempre que uno de los socios fundadores se llame de la misma manera o que la persona a la que el nombre se refiere de su autorización expresa para que su nombre pueda ser utilizado.

Por lo demás, la solicitud de la denominación negativa no reviste mayor complejidad, suele tardar entre 2 y 3 días hábiles y se puede solicitar por vía telemática a través de la página del Registro Mercantil Central

## BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

## BIBLIOTECA

- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- PIQUÉ ABOGADOS ASOCIADOS. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006

## ARTÍCULOS JURÍDICOS

- BOSA OLIVA, CARMELO. *La emisión de obligaciones por las Sociedades de Responsabilidad Limitada.* Economist&Jurist N°193. Septiembre 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- DE LA FUENTE, JUAN. *El derecho de información del socio en las sociedades de capital.* Economist&Jurist N°198. Marzo 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

(www.rmc.es), por correo ordinario o en las propias oficinas del Registro situadas en la Calle Príncipe de Vergara nº 94 de Madrid.

### DEPÓSITO DEL CAPITAL SOCIAL EN UNA ENTIDAD BANCARIA

**Una vez hemos obtenido el certificado de denominación negativa, nunca antes, tendremos que acudir a una entidad bancaria y abrir una cuenta por un mínimo de 3000€ a nombre de la “sociedad en constitución”.** El nombre deberá coincidir exactamente con el certificado de denominación negativa obtenido en el Registro Mercantil Central, de ahí la importancia de esperar al nombre que nos concedan definitivamente. En el banco nos entregarán un certificado adicional en el que harán constar que en esa entidad bancaria

figura una cuenta corriente a nombre de la “sociedad en constitución” por importe de 3.000€ con el que podremos ir a la notaría a otorgar la escritura de constitución.

Un error muy común, llegados a esta fase, suele ser pretender disponer de esa cuenta para efectuar algún pago, como los gastos propios de la notaría y del registro de la sociedad, comprar un equipo o herramientas que voy a necesitar para desarrollar mi negocio o actividad. Sin embargo, la entidad bancaria no nos va a permitir hacer uso de la cuenta hasta que la sociedad haya quedado inscrita en el registro mercantil, de forma que no vamos a poder contar con esos fondos hasta el final del proceso de constitución. Evidentemente, el banco no nos va a emitir un certificado dejando constancia de un depósito para acto seguido disponer de esa cantidad, habrá que espe-

rar a que la sociedad quede inscrita.

### REDACCIÓN DE ESTATUTOS SOCIALES Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

Para poder otorgar la escritura de constitución es imprescindible acudir a un notario. Será necesario aportar el certificado de denominación y el certificado bancario. Por otra parte, habrá que aportar los estatutos sociales que, dependiendo de su complejidad, será conveniente que los redacte un abogado o por lo menos que revise los modelos que suele facilitar la propia notaría. Estos estatutos van a regir la vida de la sociedad y uno de los errores más habituales es no darles la importancia que merecen, es decir, por lo general nos conformamos con un modelo básico y no solemos tener en cuenta



de cara al futuro cuestiones fundamentales como pueden ser un refuerzo en las mayorías para aprobar determinados acuerdos o poner una serie de límites o especificaciones a la transmisión de las participaciones sociales. Todas estas previsiones suelen evitarnos muchos problemas en el futuro y deben contenerse, en la medida de lo posible, en los propios estatutos sociales, si bien, determinados aspectos de la relación entre socios es preferible regularlas en pactos parasociales que, aunque no tienen efecto frente a la sociedad ni frente a terceros, sí tiene efectos entre los socios firmantes.

En cuanto al órgano de administración de la sociedad, podremos optar por diferentes modelos en función de la complejidad de la gestión de la sociedad y el número de socios, siendo más habitual la figura del administrador o administradores solidarios o mancomunados en sociedades más manejables y la figura del consejo de administración en sociedades más complejas.

En conclusión, llegados a este punto es fundamental contar con un buen asesoramiento y evitar así la mayoría de problemas que podemos encontrarnos en un futuro, algo que puede parecer una falta de confianza entre los propios socios y el futuro

de nuestra empresa pero que realmente supone un mecanismo eficaz para evitar bloqueos y conflictos.

### TRÁMITES EN HACIENDA E INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL

**Una vez hemos firmado la escritura de constitución de la sociedad tendremos que liquidar el impuesto de transmisiones patrimoniales, que en este caso será el 1% del capital social, y acto seguido solicitar el CIF provisional (a los 6 meses nos darán el CIF definitivo), darnos de alta**

en la declaración censal del IVA y en el Impuesto de Actividades Económicas, del que estaremos exentos siempre que la cifra de negocios neta sea inferior a 1 millón de euros. Acto seguido, podremos acudir al Registro Mercantil para solicitar la inscripción de nuestra sociedad.

Normalmente estos trámites los suele realizar directamente la propia notaría o cualquier gestoría por un precio razonable, no obstante si queremos ahorrarnos ese coste podemos encargarnos nosotros mismos de ir a Hacienda y al Registro Mercantil. ■



## CONCLUSIONES

- Antes de iniciar cualquier actividad empresarial es necesario un examen previo sobre los medios con los que vamos a contar, las personas que van a intervenir y el tipo de actividad que vamos a desarrollar para poder determinar la conveniencia del vehículo jurídico que vamos a utilizar
- Si finalmente optamos por constituir una sociedad de responsabilidad limitada, es muy importante contar con el asesoramiento adecuado a lo largo del proceso de constitución en general, pero sobre todo a la hora de redactar los estatutos sociales, y en su caso los pactos parasociales, para evitar futuros conflictos que en el momento de iniciar un proyecto empresarial no somos capaces de atisbar debido al alto grado de confianza entre las personas que forman parte de ese proyecto

# LOS DELITOS: ATENUANTES Y AGRAVANTES



**Leticia Remírez Antuña.** Abogada de Molins & Silva, Defensa Penal

## SUMARIO

1. De las circunstancias que atenúan y agravan la responsabilidad criminal
  - a) Circunstancias atenuantes
  - b) Circunstancias agravantes
2. De la aplicación de las penas: artículo 66 del Código Penal
3. Cuadro comparativo

El Código Penal distingue en sus artículos 21 y 22 entre circunstancias atenuantes y agravantes. Se habla además de circunstancias mixtas en los casos que se pueden atenuar o agravar la responsabilidad -según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito- como es el parentesco entre autor y agraviado (artículo 23 del Código Penal).

Son atenuantes aquellas causas que van dirigidas a disminuir o flexibilizar la pena que corresponda aplicar al autor del hecho ilícito.

Por su parte, las agravantes son circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que determinan un aumento de la pena correspondiente al delito, por ser reveladoras de una mayor peligrosidad del sujeto o de una mayor antijuridicidad de su conducta. Este incremento de la antijuridicidad puede tener diversas causas: una mayor perversidad del agente, una especial intensificación de su culpabilidad, así como un aumento del mal ocasionado o de la alarma social.

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUÁN Y AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal vienen

reguladas en los artículos 21 a 23 del Código Penal.

#### Circunstancias Atenuantes

El artículo 21 del Código Penal

enumera cuáles son las circunstancias atenuantes:

- “1. <sup>a</sup> Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesi-

rios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

- 2. *“La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior.*
- 3. *“La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.*
- 4. *“La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*
- 5. *“La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*
- 6. *“La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*
- 7. *“Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.*

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 14269) Arts.; 21, 22, 23, 66, 67, 139.3º, 142.1, 148.2º
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 6926938)

Cabe distinguir tres grupos dentro de éstas atenuantes:

**I. Las eximentes incompletas (artículo 21.1ª en relación al artículo 68 ambos del Código Penal).** La primera atenuante resulta aplicable en los casos en que, cometido un delito, no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal -establecidos en los distintos supuestos del artículo 20 del Código Penal-, sino tan sólo algunos de ellos. El

artículo 20 del Código Penal enumera las siete causas que eximen de responsabilidad criminal. Pues bien, como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo nº 844/2013 de 4 de octubre de 2013, se condenó al acusado como autor de un delito de homicidio concurriendo la atenuante por eximente incompleta de legítima defensa por entender que disparó con un arma a una persona indefensa –ante la supuesta posibilidad por parte del acusado de morir a golpes en la escalera de una discoteca-, si

---

**“En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas”**

---

## “Las atenuantes ordinarias afectan a la culpabilidad y por lo tanto, a diferencia de las eximentes incompletas, éstas operan para limitar la fijación de la pena dentro de unos márgenes más reducidos”

bien la agresión pudo ser actual o inminente, su reacción fue desproporcionada. Cabían otras formas de defensa (disparos intimidatorios o a zonas no vitales; o exhibición disuasoria de la pistola) y lo que se apreció fue un exceso de defensa. En definitiva, responder directamente con una acción mortífera representa un claro exceso y no puede quedar justificada por la legítima defensa.

### II. Las atenuantes ordinarias:

Se trata de circunstancias que afectan a la culpabilidad y por lo tanto, a diferencia de las eximentes incompletas, éstas operan para limitar la fijación de la pena dentro de unos márgenes más reducidos, véase:

**1. La adicción:** según el artículo 21.2ª del Código Penal, es circunstancia atenuante: *“la de actuar según el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”*. Dichas sustancias hacen referencia a *“bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”*. Pues bien, la expresión *“actuar a causa de una grave adicción”*, puede incluir, tanto la actuación en estado de intoxicación causada por la adicción como el síndrome de abstinencia provocado por esas sustancias.

### 2. Estado pasional (artículo

**21.3ª del Código Penal)**: consiste en la alteración de la personalidad del individuo derivada de un estado de arrebató, obcecación

u otro estado pasional, producido por causas o estímulos exógenos. La jurisprudencia más reciente exige que se den los siguientes elementos para apreciar esta atenuante (por todas, ver Sentencia del Tribunal Supremo nº 86/2015 de 25 de febrero de 2015): ***“En primer lugar, debe constatar-se la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del***

## JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2015, núm. 86/2015, Nº Rec. 2104/2014, (Marginal: 69482420)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2014, núm. 513/2014, Nº Rec. 10056/2014 (Marginal: 2456337)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 8 de julio de 2013, núm. 19/2013, Nº Rec. 30/2012, (Marginal: 2442804)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2012, núm. 186/2012, Nº Rec. 1087/2011 (Marginal: 2384605)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2012, núm. 617/2012, Nº Rec. 12062/2012, (Marginal: 2397297)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 2011, núm. 246/2011, Nº Rec. 1494/2010, (Marginal: 2267533)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2011, núm. 86/2011, Nº Rec. 10778/2010, (Marginal: 2258858)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2011, núm. 461/2011, Nº Rec. 10667/2010, (Marginal: 2299150)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 2010, núm. 360/2010, Nº Rec. 11387/2009, (Marginal: 1958564)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2010, núm. 63/2010, Nº Rec. 1069/2009, (Marginal: 1784794)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2004, núm. 1219/2004, Nº Rec. 116/2003, (Marginal: 189975)

sujeto (...). En segundo lugar han de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción. En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo. En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo. Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro

## “El artículo 20 del Código Penal enumera las siete causas que eximen de responsabilidad criminal”

de un marco normal de convivencia”. En dicha sentencia, se condenó a la acusada como autora de una tentativa de asesinato por haberle clavado a su marido varias puñaladas en el cuerpo con una tijera, **sin aplicarle la atenuante del artículo 21.3ª del Código Penal**, por cuanto que del relato no se señalaba que la acusada estuviese siendo maltratada por la víctima, ni tampoco la existencia de discusión alguna entre la víctima y la acusada que pudiera pro-

vocar ese arrebató u obcecación postulado.

**3. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades (artículo 21.4ª del Código Penal):** la jurisprudencia del Tribunal Supremo cita de forma constante y pacífica los siguientes **requisitos para que se pueda aplicar dicha atenuante:** el au-

**Fiscal & Laboral** al día

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



### CUMPLIMENTE LOS DATOS

|              |          |         |           |           |  |
|--------------|----------|---------|-----------|-----------|--|
| Razón social |          |         | NIF       |           |  |
| Apellidos    |          |         | Nombre    |           |  |
| Dirección    |          | Número  | C.P.      | Población |  |
| Provincia    | Teléfono |         | Móvil     |           |  |
| Email        |          |         | Fax       |           |  |
| Nº Cuenta    |          |         | Firma     |           |  |
| Entidad      | Oficina  | Control | Nº Cuenta |           |  |

En 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](mailto:datos@difusionjuridica.es).

\* I.V.A. no incluido.

☐ No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

tor de los hechos debe confesar a la autoridad judicial o a la policía, hechos acaecidos de forma veraz, útil y relevante a los fines de la investigación, antes de que sea conocedor de que el procedimiento se dirigía contra él. En este sentido, y a modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 246/2011 de 14 de abril, se condenó al acusado por un delito de lesiones con la concurrencia de la atenuante de confesión, por haber reconocido en la comisaría de policía que había golpeado a su víctima con un palo causándole lesiones, **antes de que la investigación se dirigiera contra él.**

**4. Reparación del daño ocasionado a la víctima (artículo 21.5ª del Código Penal):** para entender aplicable dicha atenuante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo que la reparación del daño sea significativa y relevante atendiendo a las circunstancias del caso y de las circunstancias personales del autor, **siempre que se haga efectiva con anterioridad a la**

#### **celebración del Juicio Oral.**

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 86/2011 de 8 de febrero, rechazó la aplicación de la atenuante por cuanto que el acusado abonó a la víctima una cantidad insignificante en atención al perjuicio, véase *“hay que convenir que se está en presencia de un a reparación irrisoria (...) con el solo fin de postular la atenuante. Es irrisoria en si misma considerada -1000 euros- y sobre todo a la vista de la enormidad de los perjuicios causados a la víctima-pérdida de un ojo, con una indemnización fijada en 120.000 euros”*.

**5. Dilaciones procesales extraordinarias e indebidas (artículo 21.6ª del Código Penal):** se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación del procedimiento tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio investigado. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 186/2012 de 14 de marzo condenó al acusado

como autor por un delito de maltrato habitual y de un delito de amenazas, aplicándole en ambos delitos la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, por haber quedado probado que 1) desde el momento que comenzó el procedimiento penal hasta la conclusión del Juicio Oral habían transcurrido más de nueve meses y 2) desde la celebración del Juicio Oral hasta que la sentencia fue dictada y notificada, transcurrió casi un año, cumpliendo así los requisitos antes mencionados.

**III. Las atenuantes por analogía (artículo 21.7ª del Código Penal):** se considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: (Sentencia del Tribunal Supremo nº 513/2014 24 de junio): *“a) aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal ; b) las que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incomple-*

## **BIBLIOGRAFÍA**

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

## **BIBLIOTECA**

- ARIAS EIBE, MANUEL J. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina*. Barcelona. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- ARGILA, LUIS. *Sabelotodo Derecho Penal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

## **ARTÍCULOS JURÍDICOS**

- MORCILLO BUJ, CRISTINA. *El abogado penitenciario. Su rol en la asistencia integral*. Economist&Jurist N°195. Noviembre 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- YÁÑEZ VELASCO, RICARDO. *Mentiras procesales (II)*. Economist&Jurist N°178. Diciembre - Enero 2014. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

tas; c) aquellas que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido e) y aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal“. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 54/2013 de 31 de enero condenaba a los autores de un delito de robo con violencia y una falta de lesiones

**apreciando en ambos la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción por cuanto que los condenados eran politoxicómanos de gran antigüedad que intentaron su deshabituación.**

#### Circunstancias agravantes:

Las circunstancias agravantes se describen en el artículo 22 del Código Penal, distinguiendo dos grandes grupos. 1) **Las circunstancias objetivas:** A) que denotan una mayor peligrosidad del hecho: a) por la especial facilidad de comisión determinada por los medios o por los sujetos (alevosía) o por los sujetos (abuso de superioridad, de confianza o de carácter público); b) por la es-

pecial facilidad de impunidad (disfraz); c) por ambas razones (lugar, tiempo o auxilio de otras personas). B) Suponen un ataque más extenso (ensañamiento). 2) **Las circunstancias subjetivas:** A) indican una motivación particularmente indeseable (precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación) y B) revela un sujeto una actitud más contraria al Derecho (reincidencia)<sup>1</sup>:

A continuación, seguiremos el orden establecido por el Código Penal:

- **Ejecutar el hecho con alevosía (artículo 22.1º del Código Penal):** hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o for-



1 Derecho Penal Parte General, Santiago Mir Puig. Editorial Reppertor. 9ª edición.

mas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Ejemplos de ataques alevosos son los que se producen por la espalda o estando la víctima de rodillas o en la cama. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº 19/2013 de 8 de julio (caso del “Crimen de Santaló”) se condenó al acusado, como autor de un delito de asesinato con alevosía por cuanto que abordó a la víctima sorpresivamente y provisto de una pistola semiautomática le disparó por la espalda y sin posibilidad alguna que la víctima pudiera

defenderse, lo que provocó su fallecimiento inmediato.

- **Disfraz, abuso de superioridad y las circunstancias de tiempo, lugar o el auxilio de otras personas (artículo 22.2ª del Código Penal):** la primera de la circunstancia -el disfraz- puede verse como la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, sin que sea preciso cubrir el rostro y por otro lado tendría como propósito evitar la propia identificación. A modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº

461/2011 de 25 de mayo se condenó a los acusados por un delito de robo con violencia e intimidación aplicándoles el agravante del disfraz por cuanto que todos ellos utilizaron armas y **elementos para ocultar sus facciones**. La circunstancia agravante del abuso de superioridad se caracteriza por el empleo de métodos que proporcionan al agresor una situación de ventaja y superioridad que da lugar a la intensificación del reproche penal. Como ejemplo de esta agravante, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo nº 617/2012 de 17 de julio, en la que el Tribunal aplicó al acusado la agra-



vante de abuso de superioridad por emplear una escopeta frente a una persona que portaba dos cuchillos. Los elementos de la agravación del abuso de superioridad en este supuesto resultan de la existencia de un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, en este caso referida a los medios empleados, una escopeta de caza y dos cuchillos. Finalmente, la circunstancia de tiempo, lugar o el auxilio de otras personas hacen referencia al hecho de procurar la debilitación de la defensa que pudiera desplegar el ofendido o facilitar el anonimato o la impunidad. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 17/2010 de 1 de julio, se condenó al acusado por un asesinato con el agravante del lugar por cuanto que atacó a su víctima aprovechando la circunstancia de que el lugar en que realizó los hechos era de escasa afluencia de gente, dado también lo temprano de la hora en que efectuó los hechos, siendo consciente de que ello debilitaba la defensa que pudiera oponer su víctima.

- **El precio, la recompensa o la promesa (artículo 22.3ª del Código Penal):** el fundamento de esta agravación, se encuentra vinculado a la mayor reprochabilidad de la conducta: por una parte, del que paga, que de forma premeditada y ante la falta de valentía de ejecutar el delito por sí mismos, induce a otro a cometerlo y del que recibe el pago y ejecuta el delito por el mero hecho de que es pagado por ello. A modo de ejemplo véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº1219/2004 de 10 de diciembre.

- **Motivos racistas y otros dis-**

**criminatorios (artículo 22.4º del Código Penal);** la reciente reforma del Código Penal - LO 1/2015 de 30 de marzo- ha introducido una modificación en dicha agravante. Se añade por “razones de género”, en el sentido de que no se establezcan diferencias entre personas de diferente sexo. La reforma, no obstante no introduce otras modificaciones sugeridas por la doctrina.<sup>2</sup> A modo de ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº 360/2010 de 22 de abril (“caso del asesinato de antifascista por skin en metro”) por el que en el fallo se aplicó la agravante por causas de discriminación, toda vez que el acusado –un joven neonazi- agredió con una navaja a un adolescente que formaba parte de un grupo antifascista que se dirigía a una manifestación en un vagón del metro de Madrid provocándole la muerte por sus extremas discrepancias de pensamiento.

- **Suponen un ataque más extenso, el ensañamiento (artículo 22.5ª del Código Penal):** consiste en aumentar deliberada e innecesariamente el sufrimiento de la víctima. El Código Penal también se refiere a esta circunstancia en los artículos 139.3º (asesinato) y 148.2º (lesiones). A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 850/2015 de 26 de octubre condenó a los dos acusados como autores de dos asesinatos con enseñamiento por cuanto se produjo un sufrimiento innecesario a las víctimas, asesinando 55 más 35 puñaladas respectivamente por todo el cuerpo.

- **Abuso de confianza (artículo 22.6ª del Código Penal):** tiene su fundamento en la preexistencia de una especial relación de confianza entre el autor del delito y la víctima

del mismo, de la que aquél se aprovecha faltando a los deberes de lealtad y fidelidad del perjudicado para ejecutar la acción delictiva con más facilidad ante la disminución de la defensa que pudiera desplegar la víctima sobre el bien jurídico objeto del delito. De este modo, se adquiere por el agente un plus de culpabilidad. En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 854/2013 de 30 de octubre condenaron al acusado como autor responsable de un delito de abusos sexuales, con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de obrar con abuso de confianza por cuanto que el acusado conocía a la víctima, menor de edad, la fue a recoger al colegio y aprovechó la ocasión para agredirle.

- **Prevalerse del carácter público que tenga el culpable (artículo 22.7ª del Código Penal):** requiere que el autor ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, en lugar de servir al cargo el funcionario se sirve de él para delinquir. El plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito. Véase a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 63/2010 de 1 de febrero. En este supuesto, **no se aplicó la agravante del artículo 22.7ª del Código Penal** por cuanto que el estado de excitación del lesionado y los incidentes anteriores con los policías locales que se vieron ya en la necesidad de reducirlo, y el hecho de soltarse un grillete, obliga

<sup>2</sup> Entre las mismas se encuentra, por ejemplo, la posible referencia entre los motivos discriminatorios la edad y el uso de algunas de las lenguas oficiales dentro del estado español.

“El odio discriminatorio como agravante penal”. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP. Juan Alberto Díaz López.

a rechazar cualquier animo subjetivo de aprovechamiento consciente de la pertenencia del acusado a un Cuerpo de Seguridad del Estado, y menos en beneficio particular.

- **La reincidencia (artículo 22.8ª del Código Penal):** para apreciar dicha agravante es preciso que, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el Código Penal, que además de definirse en el mismo título sea de la misma naturaleza. A los efectos de aplicar la reincidencia la Ley añade que *“no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieron serlo, ni los que correspondan a delitos leves”*. En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 859/2013 de 21 octubre se condenó a la acusada como auto-

ra criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, con la concurrencia de la agravante de reincidencia por haber sido condenada en varias ocasiones por delitos de tráfico de drogas.

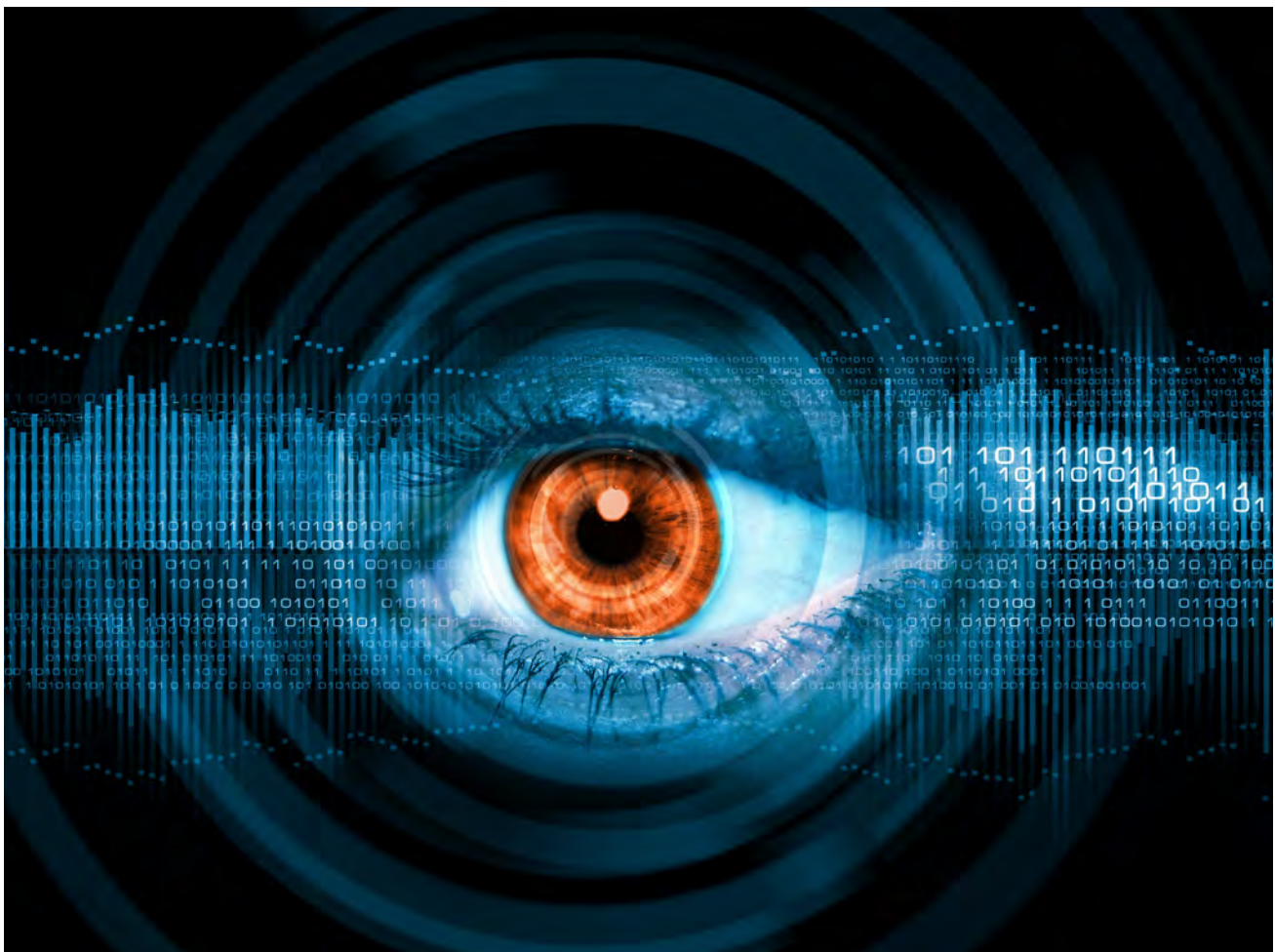
### DE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS: ARTÍCULO 66 DEL CÓDIGO PENAL

Para determinar la pena, hemos de empezar por tener claro varias cuestiones que son indispensables: **en primer lugar, hay que determinar el grado de ejecución -si es un delito consumado o si es una tentativa- y el grado de participación** -si se es autor o participe de los hechos-. **En un segundo momento**, deben depurarse las circuns-

tancias modificativas concurrentes, atenuantes, agravantes y mixta, para que, **finalmente**, se proceda a definir la pena exacta a imponer dentro del marco penológico que especifica el propio Código Penal. Son los Jueces o Tribunales que deberán individualizar la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

El artículo 66 del Código Penal recoge las reglas de apreciación de las circunstancias modificativas: (utilizaremos como ejemplo el delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal para ejemplificar el efecto de cada regla).

- **Regla 1ª** Prevista para los su-



puestos de concurrencia de una única circunstancia atenuante, aplicando **la pena en su mitad inferior de la que fije la ley para el delito**. El tipo básico del delito de homicidio es de 10 a 15 años. Si le aplicamos la pena en su mitad inferior porque se ha apreciado -por ejemplo- la atenuante de reparación del daño, el marco penológico se situaría entre **los 10 a 12 años y 6 meses**.

- **Regla 2ª.** Hace referencia a la concurrencia de más de dos circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas: podrá apreciarse la atenuante muy cualificada cuando, por ejemplo, concurre la atenuante de reparación del daño como muy cualificada del artículo 21.5 del Código Penal cuando se estime una especial intensidad en la concurrencia de los elementos reparadores y un especial esfuerzo del autor del delito por mitigar sus consecuencias dañosas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1339/2011 de 5 de diciembre establecía, que para que *“opere la muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante”*. Por lo que aplicarán **la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes**. Si aplicamos la atenuante de reparación del daño como muy cualificada en un supuesto de condena por el delito de homicidio, aplicaríamos la pena inferior en dos grados, por lo que el marco penológico se situaría **entre los 2 años y 6 meses a 5 años**.

- **Regla 3ª.** Los supuestos de concurrencia de una o dos circunstancias agravantes, **aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito**. Sin embargo, superado ese número de agravantes podría verse modificado

el marco abstracto de la pena, mediante la pena superior en grado, en su mitad inferior, conforme **a la regla 4ª**. En el delito de homicidio si aplicamos la agravante de disfraz, se le aplicará la pena en su mitad superior, por lo que el marco penológico se situaría entre **los 12 años y 6 meses a 15 años**.

- **Regla 5ª.** La reincidencia cualificada o multirreincidencia: se refiere al supuesto del sujeto que, al delinquir de nuevo, ha sido condenado ya ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza. **En ese caso se podrá aplicar la pena superior en grado** a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. En este supuesto, si el sujeto ha delinquido de nuevo y ha sido condenado anteriormente por tres delitos de homicidio, por lo que el marco penológico

se situaría entre **los 15 a 22 años y 6 meses**.

- **Regla 6ª.** Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Jueces o Tribunales deberán individualizar la pena *“imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”*. En este supuesto los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena por un delito de homicidio entre **los 10 a 15 años** dependiendo de las circunstancias personales del delincuente y de, en este caso, la gravedad del hecho.

- **Regla 7ª.** La regla contenida en este precepto está destinada a regular los casos de concurrencia conjunta de agravantes y atenuantes. Pues bien, la mayor incidencia o capacidad modificatoria de las atenuantes sobre las agravantes se deriva de la propia regulación del ejercicio de compensación racional de circuns-



tancias modificativas. En efecto, el artículo 66.1.7ª del Código Penal establece que si el producto de la operación de compensación subsiste un fundamento cualificado de atenuación **el juez deberá aplicar la pena inferior en grado; y si, por el contrario, si persiste un fundamento cualificado de agravación, el juez deberá aplicar la pena en la mitad superior del**

**marco legal.** Si aplicamos al delito de homicidio una agravante de abuso de superioridad y una atenuante muy cualificada de reparación del daño, situaríamos el marco penológico en su mitad inferior entre los **10 a 12 años y 6 meses.**

**- Regla 8ª:** Cuando los jueces o tribunales **apliquen la pena inferior en más de un grado podrán**

**hacerlo en toda su extensión. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas.** En este supuesto- delitos imprudentes o leves-, al ser un homicidio imprudente, el juez deberá aplicar el artículo 142.1 que prevé una pena de entre 1 a 4 años. ■

## CONCLUSIONES

- Las circunstancias atenuantes y agravantes son elementos accidentales del delito que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena. Están comprendidas en los artículos 21 y 22 del Código Penal respectivamente, y el artículo 23 contiene una circunstancia mixta, que puede atenuar o agravar la pena según los casos
- Si bien en el artículo 66 del Código Penal vienen recogidos los efectos penológicos de las circunstancias atenuantes y agravantes, la lectura del artículo 67 del Código Penal excluye de las reglas del precepto anterior a *“las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”*. La reciente reforma del Código Penal, LO /2015 de 30 de marzo ha modificado el apartado segundo del artículo 66 bis, en relación a las penas impuesta a las personas jurídicas añadiendo el siguiente párrafo *“Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años .y falta delito leve y corregirlo”*

## CUADRO COMPARATIVO

| Circunstancias atenuantes (Art. 21 CP)                     | Circunstancias agravantes (Art. 22 CP)                                                                                          | Reglas de aplicación (Art. 66 CP)                                                                                |
|------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Eximentes incompletas ( Art. 21.1ª)                        | Alevosía (Art. 22.1ª)                                                                                                           | - 1 Atenuante<br><br>- Pena en su mitad inferior<br><br>- Art. 66.1.1ª                                           |
| Adicción a sustancias estupefacientes/alcohol (Art. 21.2ª) | Disfraz/abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas (Art. 22.2ª) | - 2 o más atenuantes o 1 o varias muy cualificadas.<br><br>- Pena inferior en 1 o 2 grados<br><br>- Art. 66.1.2ª |

|                                                        |                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--------------------------------------------------------|------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Estado pasional (Art. 21.3ª)                           | Precio/recompensa/promesa (Art. 22.3ª)         | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 1 o 2 agravantes</li> <li>- Pena en su mitad superior</li> <li>- Art. 66.1.3ª</li> </ul>                                                                                                                                                                                            |
| Confesión de la infracción (Art. 21.4ª)                | Motivación discriminatoria (Art. 22.4ª)        | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 3 o más agravantes</li> <li>- Pena superior en grado</li> <li>- Art. 66.1.4ª</li> </ul>                                                                                                                                                                                             |
| Reparación del daño (Art. 21.5ª)                       | Ensañamiento (Art. 22.5ª)                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Reincidencia con 3 delitos del mismo título.</li> <li>- Pena superior en grado</li> <li>- Art. 66.1.5ª</li> </ul>                                                                                                                                                                   |
| Dilaciones extraordinarias e indebidas (Art. 21.6ª)    | Abuso de confianza (Art. 22.6ª)                | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sin atenuantes o agravantes</li> <li>- Pena en toda su extensión</li> <li>- Art. 66.1.6ª</li> </ul>                                                                                                                                                                                 |
| De análoga significación a las anteriores (Art. 21.7ª) | Prevalecerse del carácter público (Art. 22.7ª) | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando concurren atenuantes y agravantes</li> <li>- Si persiste un fundamento cualificado de atenuación, se aplicará la pena en su mitad inferior. Si persiste un fundamento cualificado de agravante, se aplicará la pena en su mitad superior.</li> <li>- Art. 66.1.7ª</li> </ul> |
|                                                        | Reincidencia (Art. 22.8ª)                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando se aplique la pena inferior en más grado.</li> <li>- Pena en toda su extensión</li> <li>- Art. 66.1.8ª</li> </ul>                                                                                                                                                            |

# GESTIÓN DEL TIEMPO Y DELEGACIÓN DE RESPONSABILIDADES



**Carlos Wienberg.** Socio director de Wienberg Abogados

## SUMARIO

1. Introducción
2. La regla de Eisenhower
3. ¿Cómo se delega?
4. ¿Qué es lo que se puede delegar?
5. Lista de chequeo para la delegación de trabajos individuales
6. Tareas no delegables
7. Control de tareas delegadas



Uno de los principios fundamentales de la gestión del tiempo es la delegación de tareas. No se puede engañar al tiempo. Incluso si se tiene una organización perfecta y muchas de las tareas se han convertido ya en rutina, se necesita siempre mucho tiempo para trabajos simples, tiempo que luego falta en otro sitio. Con unas sencillas técnicas de gestión del tiempo y delegación de tareas verá con más claridad que hay trabajos que no tienen que ser realizados necesariamente de primera mano, y entonces ya habremos ganado mucho.

## INTRODUCCIÓN

John D. Rockefeller lo tenía muy claro al respecto: *“Trabajo según el principio de que nunca se debe hacer algo que otra persona puede hacerlo por uno mismo”*.

Existen dos prejuicios muy extendidos que dificultan el delegar y éstos son:

- Creer que sólo uno mismo puede realizar un trabajo en tiempo y forma.
- Pensar que es más rápido hacerlo uno mismo que explicárselo a otro y controlarle.

Y, como la mayoría de prejuicios, no son ciertos. Un joven y ambicioso compañero puede hacer el trabajo mejor que un abogado experimentado que no puede dedicarle el tiempo suficiente al asunto. Además, tampoco se trata de delegar todo, si no tan sólo aquel trabajo que también puede hacer perfectamente otra persona y estos trabajos abundan en nuestra profesión.

En cuanto al segundo prejuicio, si bien es cierto que el explicar y controlar un trabajo delegado cuesta tiempo al principio, pronto, sin embargo, nos ahorrará tiempo que podremos emplear en otro lugar.

**Es importante crear una organización donde el delegar de arriba a abajo sea algo absolutamente normal, porque si no la organización no podrá soportar momentos críticos y se derrumbará.**

---

**“Trabajo según el principio de que nunca se debe hacer algo que otra persona pueda hacerlo por uno mismo”**

---

## LA REGLA DE EISENHOWER

El general y posterior presidente de los EEUU elaboró tres reglas, que le dieron la base organizativa para alcanzar los más altos escalafones como soldado y como político. Estas reglas son las siguientes:

1. Tareas de importancia alta, realizarlas inmediatamente uno mismo.
2. Tareas de importancia media, aplazarlas a una fecha concreta (y delegarlas a menudo)
3. Tareas de importancia baja, delegarlas totalmente.

Lo que es de importancia alta, media o baja en nuestra profesión, se sabe perfectamente después de pocos años de ejercicio.

Al principio no es fácil hacerse siempre estas tres preguntas, ya que constantemente uno se inclina por hacerse

---

**“La regla básica es: olvídense de las categorías fácil, desagradable y difícil y reemplácelas por: importancia alta, importancia media, importancia baja”**

---

tres preguntas totalmente diferentes pero sin importancia alguna y éstas son: fácil, desagradable, difícil/arriesgado.

Estas tres preguntas son interesantes, pero no nos ayudan en nada, sino todo lo contrario. En realidad habría que hacerlo justo al revés: llamar primero al cliente enfadado e intentar calmarle (una correcta gestión de las reclamaciones es la mejor fuente de captación de clientela), empezar ya de una vez a redactar el escrito de apelación cuyo plazo vence en cuatro días y no esperar hasta el último momento, etc.

**La regla básica es: olvídense de las categorías fácil, desagradable y difícil y reemplácelas por: importancia alta, importancia media, importancia baja.**

Lo realmente importante de la regla Eisenhower es que exige decidir inmediatamente cuáles son los trabajos que requieren ser trabajados inmediatamente por uno mismo. El riesgo de equivocarse a la hora de determinar la importancia de una información es sorprendentemente bajo, ya que las informaciones importantes suelen repetirse (plazos, asuntos nuevos, llamadas del cliente, etc.).

La obligación de evaluar la importancia de la información que recibimos nos hace ver mejor la necesidad de una planificación y nos fuerza a establecer prioridades.

### ¿CÓMO SE DELEGA?

A la hora de delegar hay que tener en cuenta los siguientes puntos:

- ¿Qué hay que hacer?
- ¿Qué debo hacer yo mismo?

- ¿En quién delego?
- ¿Hasta cuándo debe hacerse el trabajo?
- Anotación de un recordatorio para efectuar un control.

### ¿QUÉ ES LO QUE SE PUEDE DELEGAR?

No es tan fácil imaginarse todo aquello que no necesariamente tiene que ser trabajado por uno mismo. Más difícil aún que intentarlo es realizarlo. Hay compañeros cuyos escritos son realmente la tarjeta de visita del despacho, otros que no le dan tanta importancia a los escritos. **Lo más importante a la hora de delegar consiste precisamente en transmitirles a los colaboradores estas particularidades individuales.**

Al principio se necesitan sugerencias respecto a los trabajos susceptibles de ser delegados.



# HABILIDADES DE LA ABOGACÍA

## LISTA DE CHEQUEO PARA LA DELEGACIÓN DE TRABAJOS INDIVIDUALES (MODELO)

Área A): Trabajos relacionados con los asuntos

| Actividad                                                                                                                                                                                                                                      | Realizarla al 100%<br>uno mismo | Delegarla parcial-<br>mente | Delegarla totalmen-<br>te |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------|
| <b>1. Captación de clientela, por ejem-<br/>plo:</b><br><br>Junta general club de golf<br><br>Cumpleaños cliente<br><br>Comida en la cámara de comercio<br><br>Información fiscal para clientes                                                |                                 |                             |                           |
| <b>2. Aceptación nuevos asuntos</b><br><br>Asuntos nuevos<br><br>Asuntos en áreas especializadas<br><br>Asuntos normales de clientes fijos<br><br>Asuntos de clientes que entran por casualidad<br><br>Asuntos de clientes recomendados        |                                 |                             |                           |
| <b>3. Llevanza del asunto/escritos/dictá-<br/>menes</b><br><br>Averiguación de los hechos<br><br>Citas legales/bibliografía<br><br>Orden temático<br><br>Primer borrador-corrección ulteriores bo-<br>rradores<br><br>Explicaciones al cliente |                                 |                             |                           |
| <b>4. Señalamientos</b><br><br>Juzgados de 1ª Instancia, Audiencias Pro-<br>vinciales, Tribunal Supremo                                                                                                                                        |                                 |                             |                           |

|                                                                                                                                       |  |  |  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|
| <b>5. Recursos</b><br><br>Valoración de las posibilidades de éxito de un recurso<br><br>Anuncio del recurso Interposición del recurso |  |  |  |
| <b>6. Honorarios</b><br><br>Confeccionar minutas<br><br>Controlar minutas<br><br>Reclamar el pago de minutas pendientes               |  |  |  |

Área B): Organización

| Actividad                                                                                                                                                                                                                                      | Realizarla al 100%<br>uno mismo | Delegarla parcial-<br>mente | Delegarla totalmen-<br>te |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------|
| <b>1. Planificar la estructura de la organización</b><br><br>Contratar abogados<br><br>Contratar secretarias<br><br>Contratar un contable o servicios externos de contabilidad<br><br>Contratar al restante personal<br><br>Contratar pasantes |                                 |                             |                           |
| <b>2. Organización del despacho</b><br><br>Contrato de arrendamiento para el despacho<br><br>Contratos de mantenimiento                                                                                                                        |                                 |                             |                           |
| <b>3. Organización y archivo de los expedientes</b><br><br>Contra                                                                                                                                                                              |                                 |                             |                           |

# HABILIDADES DE LA ABOGACÍA

|                                                                                                                                          |  |  |  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|
| <b>4. Infraestructura técnica del despacho</b><br>Instalación telefónica<br>Informática                                                  |  |  |  |
| <b>5. Contabilidad</b>                                                                                                                   |  |  |  |
| <b>6. Organización de los procedimientos</b>                                                                                             |  |  |  |
| <b>7. Organización de viajes</b><br>Determinación de las fechas de viaje<br>Reserva de billetes y hoteles<br>Control de fechas y hoteles |  |  |  |

Área C): Actividades privadas

| Actividad                                                                                                                                                               | Realizarla al 100%<br>uno mismo | Delegarla parcial-<br>mente | Delegarla totalmen-<br>te |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------|
| <b>1. Organización privada</b><br>Bancos Plan de pensión<br>Seguro de vida<br>Seguro de responsabilidad profesional<br>Seguro médico<br>Seguro de responsabilidad civil |                                 |                             |                           |
| <b>2. Planificación de las vacaciones</b>                                                                                                                               |                                 |                             |                           |
| <b>3. Vida social</b><br>Reuniones de asociaciones<br>Deportes<br>Concertar citas<br>Invitaciones                                                                       |                                 |                             |                           |

**En lo que respecta a la captación de clientela los socios del despacho con más antigüedad son los que deben estar al frente, porque pueden ganarse la confianza del cliente mucho más fácil que los jóvenes.** De este trabajo no se debe rehuir y se debe dar a los jóvenes compañeros la oportunidad de acompañarse a uno para que aprendan cómo se lleva correctamente una reunión destinada a la captación de un cliente nuevo, de lo contrario nadie deberá quejarse de que los abogados jóvenes no aportan clientela.

Por lo que respecta a la reclamación de las minutas pendientes de pago se pueden tener opiniones divergentes. **Algunos abogados delegan todo lo relacionado con dinero en sus empleados, otros negociamos nuestros honorarios siempre personalmente.** Sabemos que si un cliente no paga nuestra minuta de forma acostumbrada muchas veces es debido a un motivo concreto, y que posiblemente sea que el cliente no está del todo satisfecho con nosotros. Quien no de importancia a estos síntomas puede causar un gran daño al asunto ya que ningún contable puede desarrollar la sensibilidad necesaria para la reclamación de facturas.

## TAREAS NO DELEGABLES

Si lo ha hecho todo bien, al final sólo quedan cuatro pre-

guntas. Éstas consisten en analizar si un trabajo debe ser realizado por usted: inmediatamente, de forma stand-by, más tarde; o si no debe ser realizado por usted.

Es recomendable empezar por el último supuesto y rechazar todo aquello de lo que usted no se quiera ocupar (publicidad, invitaciones, etc.).

**Pocos serán los asuntos que requieran una atención inmediata, o sea el mismo día. Mientras mayor sea el volumen de estos trabajos, peor se está organizado.** Debe evitar a toda costa que le ocurra lo que le pasa a la mayoría de los compañeros que dejan “aparcada” la carpeta, que deben trabajar, sin prisa pero sin pausa, durante semanas, en su mesa o en el suelo (trabajos stand-by). Sabemos que es difícil dar la instrucción que la carpeta se le vuelva a poner dentro de tres días en su mesa porque esto causa trabajo al secretariado. Una solución de emergencia consiste en poner las carpetas, que durante los próximos días desee trabajar, en su estantería. Pero esto tiene la desventaja de que es más difícil de encontrar la carpeta si otra persona la necesita.

## CONTROL DE TAREAS DELEGADAS

**El control es uno de los temas más delicados ya que en un despacho de abogados la mayoría de los**

## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOTECA

- *La Gestión del Tiempo para Abogados*, de Benno Heussen y Carlos Wienberg, Thomson Reuter Aranzadi, 3ª edición.

Disponible en: [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Relaciones con Tribunales, profesionales, clientes y medios de comunicación* (Volumen II). Barcelona. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A. 2008
- 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

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- NAVARRO, SEGUIMUNDO. *Coaching. Instrucción. Entrenamiento*. Economist&Jurist N°197. Febrero 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- ESTALELLA DEL PINO, JORDI. *Tradición, innovación y perspectivas de los modelos de negocio en la abogacía*. Economist&Jurist N°189. Abril 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

**compañeros están acostumbrados a trabajar de forma muy independiente y el establecimiento de controles puede provocar reacciones adversas.**

**Se deben anotar los encargos que se delegan, se debe anotar un plazo para su ejecución, se debe preguntar por el resultado del trabajo delegado, una vez transcurrido el plazo.**

Esto lo deberá hacer incluso si su secretaria o sus colaboradores le suelen comunicar motu proprio la ejecución

del trabajo delegado, porque quizá un día se olvidan de hacer el trabajo en ellos delegado y entonces usted puede tener un problema de responsabilidad profesional. Sólo en el caso de delegar tareas amplias en su totalidad (por ejemplo, la contabilidad) se puede usted limitar a controlar los resultados.

A primera vista, esto parece complicado, en la práctica sin embargo, y sobre todo si se trabaja con un programa informático, es muy sencillo. ■



## CONCLUSIONES

- Es importante crear una organización donde el delegar de arriba a abajo sea algo absolutamente normal, porque si no la organización no podrá soportar momentos críticos y se derrumbará
- Lo que es de importancia alta, media o baja en nuestra profesión, se sabe perfectamente después de pocos años de ejercicio
- En lo que respecta a la captación de clientela, los socios del despacho con más antigüedad son los que deben estar al frente, porque pueden ganarse la confianza del cliente mucho más fácil que los jóvenes
- Es recomendable empezar por el último supuesto y rechazar todo aquello de lo que usted no se quiera ocupar (publicidad, invitaciones, etc.)
- Se deben anotar los encargos que se delegan, se debe anotar un plazo para su ejecución y se debe preguntar por el resultado del trabajo delegado, una vez transcurrido el plazo

# LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO: PAUTAS JURISPRUDENCIALES Y SU APLICACIÓN AL RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO



**Patricia Higuera.** Abogado de Derecho procesal en Marimón Abogados  
**Marcelino Pajares.** Abogado de Derecho procesal en Marimón Abogados

## SUMARIO

1. Naturaleza: responsabilidad subjetiva de carácter contractual por incumplimiento de una obligación de medios
2. El canon de diligencia exigible al abogado: la lex artis
3. Supuestos de responsabilidad
4. Dificultades en la acreditación y cuantificación del daño: el juicio de probabilidad y el daño moral
5. La exigencia de responsabilidad profesional por el retraso en la solicitud de concurso



La reciente Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de enero de 2016 ha vuelto a poner de actualidad la responsabilidad profesional del abogado, al condenar a un colegiado al pago a un cliente de los daños y perjuicios causados por la presentación de la solicitud de concurso de acreedores una vez transcurrido el plazo de dos meses establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal.

La resolución de la Audiencia Provincial de Cáceres se enmarca en una tendencia creciente que puede apreciarse en la doctrina jurisprudencial de los últimos años favorable a la depuración de la responsabilidad de los abogados por los daños causados por una práctica profesional negligente.

Son numerosas las resoluciones de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en las que se estiman acciones de responsabilidad civil frente a abogados relacionadas con el ejercicio de su actividad profesional. Y en esos pronunciamientos judiciales ha cristalizado una doctrina jurisprudencial cuyas líneas fundamentales pasamos a exponer.

## NATURALEZA: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE CARÁCTER CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS

Como regla general, **la jurisprudencia considera que la relación entre un abogado y su cliente se desenvuelve en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios, aunque con elementos también del contrato de mandato.** Ahora bien, lo cierto es que las reclamaciones por responsabilidad que se someten a los Tribunales se formulan normalmente en relación con la actuación del abogado como director letrado en un determinado procedimiento. Otro tipo de intervención profesional, como la redacción de informes jurídicos o de documentos contractuales, podría entrar dentro del ámbito de los contratos de obra.

En cualquier caso, es pacífica la doctrina jurisprudencial que declara que los abogados tienen para con sus clientes una obligación de medios, no de resultado. Así pues, el abogado no tiene la obligación de lograr una resolución favorable a las pretensiones deducidas, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del Juzgador. Esta consideración no resulta

## LEGISLACIÓN

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 69726897)
- 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) Art.367
- Real decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. (Normas básicas. Marginal: 10324)
- Código deontológico de la abogacía española (Normas básicas. Marginal: 2937). Art.4

baladí por cuanto traslada con rigor la carga de la prueba a quien formula la reclamación, exigiéndole la acreditación de la negligencia del abogado. La mera constata-

## “La jurisprudencia considera que la relación entre un abogado y su cliente se desenvuelve en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios, aunque con elementos también del contrato de mandato”

ción del resultado desfavorable de un determinado procedimiento no entraña una presunción de culpabilidad del profesional, que, invirtiendo la carga de la prueba, le obligue a acreditar la diligencia en su actuación.

Sobre estas premisas, y como también proclama el

### JURISPRUDENCIA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 18 de enero de 2016, núm. 17/2016, Nº Rec. 519/2015, (Marginal: 69730226)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2013, núm. 572/2013, Nº Rec. 1344/2011, (Marginal: 2440388)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 14 de enero de 2013, núm. 25/2013, Nº Rec. 199/2012, (Marginal: 2429323)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2010, núm. 328/2010, Nº Rec. 44/2007, (Marginal: 2157950)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2008, núm. 88/2008 Nº Rec. 5015/2000, (Marginal: 333389)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de marzo de 2006, núm. 293/2006, Nº Rec. 2001/1999, (Marginal: 257114)

Estatuto General de la Abogacía Española, los Tribunales resuelven las reclamaciones deducidas desde el prisma de la responsabilidad subjetiva, de modo que **los abogados responderán cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que, mediando habitualmente una relación contractual, tendrá esta naturaleza.**

### EL CANON DE DILIGENCIA EXIGIBLE AL ABOGADO: LA LEX ARTIS

En cuanto a la diligencia requerida en la actuación profesional del abogado (cuya omisión permite la exigencia de responsabilidad), la jurisprudencia atiende a la denominada *lex artis* (las reglas del oficio), esto es, a las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso.

En este punto, los Jueces y Magistrados toman en consideración la normativa profesional y deontológica que regula el ejercicio de la abogacía: el Estatuto General de la Abogacía, el Código Deontológico de la Abogacía Española y el Código de Deontología de los Abogados europeos.

En el **Artículo 4 del Código Deontológico** de la Abogacía Española se establece una pauta general, pero muy ilustrativa de las obligaciones que tiene un abogado con su cliente, al disponer que “[l]a **relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente**”. Éste es, sin duda, el principio inspirador que debe regir la actuación del profesional del Derecho.

Como manifestaciones de ese principio general, la normativa citada y la jurisprudencia han formulado, sin pretensiones de exhaustividad, una enumeración de los deberes que exige el ejercicio de la actividad profesional del abogado:

- **Con carácter previo al inicio de la actuación, informar al cliente de la conveniencia o no de acudir a los Tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso. Iniciado el procedimiento, el deber de información exige que el abogado mantenga puntualmente informado al cliente de su desarrollo, así**

como de la conveniencia o no de la presentación de recursos. A su término, ha de informarle igualmente sobre las consecuencias de la resolución y, en caso de desestimación, sobre otros posibles cauces procesales en los que las pretensiones del cliente puedan ser estimadas.

- **Observar las leyes procesales y, en general, aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos que cualquier profesional del Derecho medio tendría.**
- **Realizar diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias deontológicas y éticas.** Un abogado está obligado a rechazar aquellos asuntos para cuya resolución no se encuentre capacitado, bien por falta de conocimiento de la materia en cuestión, bien porque no le pueda dedicar el tiempo suficiente por haber adquirido compromisos previos.

## SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

La casuística de los procedimientos en los que se reclama la responsabilidad civil de un abogado es muy variada, aunque, si nos centramos en aquellos casos en los

**“Si se entiende que la acción que se dejó prescribir, el recurso que no se interpuso o la reclamación o argumento omitido en un escrito tenían altas probabilidades de éxito, el Tribunal impondrá al abogado la condena a abonar al cliente aquello que se le negó en el procedimiento previo”**

que los Tribunales estiman normalmente la reclamación del cliente, podemos destacar tres ejemplos de actuaciones negligentes de los abogados:

- **Transcurso de plazos: El abogado deja transcurrir un plazo procesal o sustantivo.** Por ejemplo, se contesta fuera de plazo una demanda o se deja transcurrir el plazo máximo para recurrir una senten-

## BIBLIOGRAFÍA

[www.casosreales.es](http://www.casosreales.es)

## BIBLIOTECA

- MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM. *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales*. 2ª edición. Barcelona. JM Bosch Editor. 2009
- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados (Volumen I)*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2008

## ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ALBIOL, JORDI Y VALCÁRCEL, CRISTIAN. *Actuaciones y plazos procesales básicos para el Administrador Concursal*. Economist&Jurist N°198. Marzo 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- PAVÓN, CARLOS. *Preconcurso como método para evitar el concurso de acreedores*. Fiscal- Economist&Jurist N°171. Junio 2013 ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

---

**“Basta con que el cliente aporte un mero indicio del encargo, para que se entienda acreditado aquél y recaiga sobre el letrado demandado la carga de probar cumplidamente que actuó con la diligencia debida”**

---

cia (plazos procesales); se interpone una demanda ejercitando una acción que ha prescrito (plazo sustantivo), etc.

Este es el supuesto más habitual de responsabilidad profesional.

- **Omisión del deber de información:** La falta de información puede referirse a la posibilidad de interponer recursos, el cauce procesal alternativo ante la desestimación de una acción en una jurisdicción determinada, el plazo para el cumplimiento voluntario de una sentencia condenatoria o al probable fracaso de una acción.
- **Omisión de elementos esenciales en los escritos:** Los Tribunales han considerado negligente la omisión en el suplico de pretensiones que se derivaban naturalmente de la acción (reclamación del lucro cesante por la pérdida de un instrumento de trabajo) o la falta de alegación de una defensa que cualquier abogado medio podría haber detectado (el límite



cuantitativo de la obligación del asegurador que costaba con claridad en la póliza).

## DIFICULTADES EN LA ACREDITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: EL JUICIO DE PROBABILIDAD Y EL DAÑO MORAL

Si el Tribunal considera acreditado que ha mediado dolo o negligencia en la actuación profesional del abogado, debe valorar a continuación si el cliente ha sufrido un daño como consecuencia de esa actuación. Es en este punto donde la jurisprudencia se enfrenta a la mayor complejidad de este tipo de acciones: la determinación y cuantificación del daño causado.

Ante esa dificultad, se ha consagrado una doctrina jurisprudencial (con algunos detractores), por la que el daño se determina mediante un juicio de probabilidad

en el que se analizan las posibilidades de éxito que el cliente habría tenido en el pleito anterior sin el actuar doloso o negligente de su abogado. De tal forma que, **si se entiende que la acción que se dejó prescribir, el recurso que no se interpuso o la reclamación o argumento omitido en un escrito tenían altas probabilidades de éxito, el Tribunal impondrá al abogado la condena a abonar al cliente aquello que se le negó en el procedimiento previo. Y, por el contrario, si considera que estaban abocadas al fracaso, la responsabilidad del abogado no llevaría aparejada ninguna condena al resarcimiento de los daños materiales causados.**

Junto a la indemnización de los daños patrimoniales, los Tribunales admiten en no pocas ocasiones la reclamación del daño moral, por la mera frustración del derecho a la tutela judicial efectiva del cliente y sin necesidad de que el juicio de probabilidad sea positivo. El importe de la condena en estos casos suele ser moderado.



## LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL POR EL RETRASO EN LA SOLICITUD DE CONCURSO

La Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de enero de 2016 que ha dado pie a este análisis declara, como se ha anunciado, la responsabilidad profesional de un abogado por la presentación de la solicitud de concurso una vez transcurrido el plazo de dos meses establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal.

Establecida la actuación negligente del letrado demandado, la Audiencia le condena al pago a su cliente, administrador de la sociedad objeto de la solicitud de concurso, de las cantidades que la Tesorería General de la Seguridad Social le había reclamado como consecuencia de un expediente de derivación de responsabilidad

por deudas contraídas por la concursada. La resolución administrativa se había basado en la presentación de la solicitud de concurso una vez transcurrido el plazo indicado de dos meses, lo que determina la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores (artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital).

Desde un punto de vista jurídico, la resolución de la Audiencia Provincial de Cáceres se ajusta a las pautas jurisprudenciales que han quedado expuestas. **La sentencia parte de que la responsabilidad del abogado es de naturaleza subjetiva, fundada en una actuación negligente del profesional, en el incumplimiento de la *lex artis*, y reconoce que la obligación que contrae frente a su cliente es de medios y no de resultado.** Sobre esa base, el reproche que formula al letrado consiste precisamente en uno de los



tres ejemplos que habíamos destacado con anterioridad: el transcurso de un plazo procesal o sustantivo, en este caso, el de dos meses siguientes a la fecha en la que se hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia, sin haber instado la declaración de concurso. Y, reconociendo que la carga de acreditar la negligencia del abogado recae sobre el cliente, la sentencia analizada considera que los demandantes han acreditado ese extremo en el caso debatido al aportar prueba suficiente del encargo realizado en su día para presentar la solicitud de concurso.

Del mismo modo, la indemnización por daños patrimoniales que acuerda la Audiencia también se acomoda a la doctrina jurisprudencial explicada: dado que la derivación de responsabilidad declarada por la Tesorería General de la Seguridad Social se basó exclusivamente en el retraso en la solicitud de concurso, es indudable que el juicio de probabilidad al que se remite la jurisprudencia permite la condena al letrado al pago del importe íntegro de las cantidades impuestas en sede administrativa.

Sin embargo, un análisis detenido del resultado de la valoración de las pruebas practicadas en el procedimiento, tal como se expone en la sentencia de la Audiencia Provincial, revela una flexibilización en la exigencia probatoria a la demandante que, sin llegar a invertir formalmente la carga de la prueba, sí que en cierto modo viene a imponer de hecho al profesional demandado la necesidad de acreditar la diligencia en su actuación.

En efecto, **según se explica en la resolución comentada, la Audiencia considera acreditado el encargo cuyo incumplimiento se denuncia, esto es, que los demandantes encomendaron la presentación en plazo de la solicitud de concurso, del hecho de que otorgaran un poder general y especial para pleitos en esas fechas en el que se apoderaba explícitamente al demandado. De ese mero indicio, y, aparentemente, sin ninguna prueba adicional, la sentencia deduce un encargo concreto de presentar en plazo la solicitud de declaración de concurso.**

Frente a ello, el abogado demandado alegó que el poder para pleitos se había otorgado para un asunto distinto, lo que se rechaza por la Audiencia porque *“resulta patente que un poder general (y especial) para pleitos no se otorga necesariamente para un asunto concreto, de tal modo que puede ser útil para cualquier asunto al que alcance la representación contenida en el poder”*. También alegó la defensa la falta de la documentación necesaria para presentar la solicitud de concurso, pero no se concede virtualidad alguna a esa circunstancia en la medida en la que *“no es determinante de que el encargo no se hubiera efectuado en aquel momento, ni tampoco prueba que el Letrado hubiera exigido antes toda la documentación necesaria a ese efecto”*. ■

## CONCLUSIONES

- En suma, de acuerdo con la doctrina que parece acogerse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, basta con que el cliente aporte un mero indicio del encargo (el otorgamiento de un poder general para pleitos que pudo utilizarse además en otro asunto diferente), para que se entienda acreditado aquél y recaiga sobre el letrado demandado la carga de probar cumplidamente que actuó con la diligencia debida
- Se aprecia, pues, una notable flexibilización en el rigor de la evidencia probatoria exigida al demandante en cuanto a la acreditación de la falta de diligencia del profesional demandado, lo que se puede enmarcar en esa tendencia favorable a la depuración de la responsabilidad profesional de los abogados que se aprecia en la más reciente doctrina jurisprudencial y a la que se hacía referencia al principio de este artículo
- Desde el punto de vista de la práctica profesional del abogado, la evolución jurisprudencial que ha quedado indicada aconseja no sólo la siempre obligada diligencia en el desempeño de los servicios encomendados, sino también la debida documentación del ámbito y condiciones del asesoramiento contratado mediante la utilización de hojas de encargo o por cualquier otro medio que deje constancia escrita. Así lo tienen recomendado los diferentes Colegios de Abogados

### UNA JORNADA DEL GAJ ABORDA EL PAPEL DE ABOGADOS, DETECTIVES Y POLICÍAS DE CARA EL PROCESO JUDICIAL

El papel del detective privado, la asistencia al detenido en dependencias policiales y la valoración judicial de los informes de detectives privados y atestados policiales han sido los tres bloques tratados en la jornada organizada por el Grupo de Abogados Jóvenes de Granada, en la que participaron como ponentes Daniel Roelas Cereza, inspector de Policía y jefe de la Unidad Territorial de Seguridad Privada de la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental;

Juan Antonio Cruz Parra, inspector jefe de Policía; y Ángel Torres Segura, magistrado juez del Juzgado de lo Penal 5 de Granada, junto al presidente del GAJ Granada, Juan María Galán.



### EL PROFESOR ALFONSO ORTEGA, DIRECTOR DEL OBSERVATORIO PROVINCIAL DE LA INMIGRACIÓN

La Diputación Provincial de Alicante ha nombrado al profesor del Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández (UMH) de Elche, Alfonso Ortega, director del Observatorio Provincial de la Inmigración.



### LA INTERCOLEGIAL PREMIA A MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN EN RECONOCIMIENTO A SU DESTACADA TRAYECTORIA EN LA DEFENSA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

La Asociación Intercolegial de Colegios Profesionales de Cataluña ha entregado la tercera edición del premio de la entidad al político y padre de la Constitución española Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en reconocimiento a su firme compromiso en defensa de los colegios profesionales.

El presidente de la Asociación Intercolegial de Colegios Profesionales de Cataluña y decano del Colegio de la Abogacía de Barcelona, Oriol Rusca, ha sido el encargado de entregarle este galardón.



### ENTREGA DE LA INSIGNIA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN DE JURISTAS GALLEGOS EN MADRID A AUGUSTO PÉREZ CEPEDA



La Asociación de Juristas Gallegos en Madrid (IURISGAMA) ha entregado su Insignia de Oro a Augusto Pérez Cepeda, decano del Colegio de Abogados de A Coruña como reconocimiento a su labor de apoyo prestada a la Asociación.

### LA PRESIDENTA DE LA ABOGACÍA CRITICA EN LA ONU EL ACUERDO SOBRE REFUGIADOS ENTRE LA UE Y TURQUÍA POR "VULNERAR LA LEGALIDAD INTERNACIONAL"



La presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, Victoria Ortega, manifestó el rechazo de la Abogacía a las medidas adoptadas por los gobiernos europeos sobre refugiados durante la Cumbre de los Presidentes de Colegios de Abogados de la Unión Internacional de Abogados (UIA) celebrada en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York. Según Ortega, dicho acuerdo "vulnera la legalidad internacional, especialmente el derecho de asilo, y utiliza a las personas necesitadas de protección internacional como moneda de cambio en sus negociaciones".

### CREMADES & CALVO-SOTELO INICIA SU ACTIVIDAD EN PARÍS

Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, en el marco de la estrategia de expansión internacional aprobada este año por su Junta de Socios, inicia su actividad en París. El proyecto es el resultado de la alianza que la firma española ha alcanzado con la prestigio-



sa firma francesa Aston Société d'Avocats.

### IGNACIO LACASA, JUAN PABLO GUTIÉRREZ Y RODRIGO MARTÍN NUEVOS SOCIOS DE DUTILH

Con el objetivo de afianzarse como un despacho de referencia en el competitivo mundo del derecho de los negocios, Dutilh Abogados sigue reforzando su estructura. Si hace escasas semanas fue el despacho Misaver el que se unió a la firma, ahora son los abogados Ignacio Lacasa, Juan Pablo Gutiérrez y Rodrigo Martín los que se

incorporan a Dutilh como socios con el objetivo de fortalecer los departamentos de fiscal y laboral ante la creciente demanda de sus servicios.



### DLA PIPER NOMBRA 48 SOCIOS EN 2016

La firma internacional de abogados DLA Piper ha nombrado 48 nuevos socios, entre abogados de once países que asesoran en diferentes áreas de práctica. Las promociones son efectivas desde el 1 de enero de 2016 en Estados Unidos y el 1 de mayo de 2016 en EMEA y Asia Pacífico.



### SQUIRE PATTON BOGGS LANZA GLOBAL EDGE

Squire Patton Boggs acaba de lanzar el portal interactivo Global Edge, mediante el cual los profesionales de Recursos Humanos y abogados laboristas podrán tener acceso desde cualquier ordenador e incluso cualquier dispositivo móvil, a la más reciente normativa y práctica laboral en 30 jurisdicciones distintas en todo el mundo.



### MONTERO – ARAMBURU INCORPORA A LA EX DIRECTORA GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL GOBIERNO DE CANARIAS ROSA MARTÍNEZ DÍAZ



*Dña. Rosa Martínez*

La firma ha incorporado a Rosa Martínez Díaz como máxima responsable del departamento de Derecho Público de Montero Aramburu Canarias.

### OSBORNE CLARKE IMPULSA SU EXPANSIÓN EN ESTADOS UNIDOS



El despacho internacional Osborne Clarke continúa su estrategia de crecimiento global impulsando su presencia en Estados Unidos, con el objetivo de reforzar la relación con compañías norteamericanas que quieran expandirse globalmente. Con oficinas en Europa y Asia y una amplia red internacional, la compañía es el partner ideal para aquellas empresas que busquen apoyo en sus necesidades legales internacionales.

## NOVEDADES EDITORIALES

### GUÍA PRÁCTICA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO (E-BOOK)

Carmen Algar Jiménez

Ed. Difusión Jurídica

Páginas 561

Este libro se presenta como una guía para dar respuesta a los siguientes interrogantes que se puede plantear el Trabajador Autónomo.

¿Soy un Trabajador Autónomo? ¿Cuál es mi marco jurídico? ¿Soy un TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente)? ¿Cuál es mi marco jurídico? ¿Tenemos los Autónomos derechos colectivos? ¿Qué apoyos tiene el emprendedor? ¿Qué obligaciones tenemos a nivel de Prevención de Riesgos Laborales?



### PERSONA Y FAMILIA. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL CATALÁN

Dr. Alfonso Hernández -  
Moreno

Dr. Josep M. Martinell  
Gispert-Saúch

Dra. M<sup>a</sup> Corona Quesada  
González

Ed. Difusión Jurídica  
Páginas 345

En Persona y familia el lector encontrará estudios serios, rigurosos y bien documentados sobre temas de Derecho de la persona y de la familia aplicable en Cataluña de gran interés y actualidad.



### LEGAL COMPLIANCE

Casanovas Ysla, Alain

Ed. Difusión Jurídica

Páginas 250

El término "cumplimiento" se aplica en contextos muy variados, tales como el denominado corporate compliance (penal), tax compliance (impuestos), competition compliance (derecho de la competencia), etc.



### CÓDIGO TÉCNICO DE LA EDIFICACIÓN

Ley 38/1999, de 5 de noviembre. Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. Real Decreto 1.027/2007, de 20 de julio. Real Decreto 1.371/2007, de 19 de octubre. Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero. Orden FOM/1.635/2013, de 10 de septiembre  
Ed. Tecnos

Esta nueva edición incluye el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.



### TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y MEDIACIÓN DE CONFLICTOS EN ESPAÑA

Franco Conforti

Ed. Tecnos

Páginas 216

¿En qué difieren los sistemas de derecho, en términos de proceso judicial como forma de resolución de conflictos? ¿Qué conflictos son mediables? ¿En qué se diferencian los modelos de mediación? ¿En relación con nuestro sistema de Derecho hay algún modelo que sea el más adecuado? ¿Cómo incide la Tutela Judicial Efectiva sobre la mediación de conflictos?

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

[www.libros24h.com](http://www.libros24h.com)

**LIBROS24h.com**  
WWW.LIBROS24H.COM



## MASTER IN SPORTS MANAGEMENT AND LEGAL SKILLS WITH FC BARCELONA



Leading Lawyers in specific areas of Sports Law and Management, from FIFA, UEFA, EPFL, FC Barcelona, Bayern Múnich, Porto FC, Juventus de Turín, AC Milan, Zenit among others compose the faculty of the program.

This Master shall be divided in two different phases:

**First phase:** During this period, the student attends face-to-face lectures every day at ISDE's Academic Center in Barcelona Pedralbes and some classes at FC Barcelona's training headquarters.

**Second phase:** The internship period shall last from 3 to 6 months (depending on the needs and availability of the different collaborating entities) and shall take place in one of our national or international partners.



ISDE, European Leader in Sports Law training, with the collaboration of an outstanding Football Club: FC Barcelona, being the first academic postgraduate program focused on Sports Law sponsored by such a relevant and prestigious football club like this one.

C/ Montevideo, 31 08034 Barcelona

[www.isdemasters.com](http://www.isdemasters.com)  
[admisiones@isdemasters.com](mailto:admisiones@isdemasters.com)

Tel: (+34) 931 146 814



## ISDE GLOBAL SPORTS LAW MASTER, COLUMBIA UNIVERSITY COMPANION PROGRAM 2016



Columbia University and ISDE have partnered to offer a new companion degree program for internationally oriented sports industry professionals.

This Companion program includes two professional degrees: Columbia's Master of Science (M.S.) in Sports Management and ISDE's Master (M.S.) in Global Sports Law.

The program combines 12 months of intensive training on Columbia's campus in New York City followed by a 4 to 6 month internship in a leading sports organization in the US or abroad.



Entities represented by the combined faculty include the world sporting community's most respected lawyers, agents and managers. The program is structured to combine lectures with networking events and practical workshops held at leading law firms and sports organizations.

Graduates will be prepared to effectively engage and excel in the responsibilities necessary for a successful development of their professional careers.

The Empire State Building, 350 5th Avenue, 59th Floor New York,  
NY, 10118 (USA) Tel: (+1) 212-601-2783

[admissions@isdemasters.com](mailto:admissions@isdemasters.com)

[www.isde.us](http://www.isde.us)

# 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**

## Patrocinadores:



THOMSON REUTERS



RR DONNELLEY

Derecho *news*

## Colaboradores / Categoría Profesionales

1961 Abogados y Economistas

ADR Abogados

Alemaný & Muñoz de la Espada Corporate Legal

Allen & Overy

Araoz & Rueda

Ashurst

BDO Abogados & Asesores Tributarios

Benow Partners

Bird & Bird

Broseta

Bufete Amorós

Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Deloitte

Dentons

DLA Piper

Euriux Abogados

Eversheds Nicea

EY Abogados

Francis J. Vassallo & Associates

Agencia Organizadora:

Freshfields

Garrido Abogados

GPartners

Goni y Cajigas Abogados

Herrero y Asociados S.L.

Jausas

Jimenez Astorga Abogados y consultores

JM Arnau & Asociados

King and Wood Malleson

Linklaters

Luis Romero y Asociados

Montero Aramburu Abogados

Olleros Abogados

Pérez-Llorca

Pérez+Partners

Pintó Ruiz & Del Valle

PKF Attest

Quorum Asesores J.A.S.L.

Ramón y Cajal Abogados

Rödl & Partner

Sacristán & Rivas Abogados

Sánchez Stewart Abogados

Schiller Abogados

Sentencia, Bufete Jurídico Internacional

Squire Patton Boggs

Yingke Adarve

## 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 Marroquín

Wolfson College Cambridge



## Medios Oficiales:

Libertad Digital

Derecho *news*

EUROPA FM

iusport

ONDA CERO

ABC EL PAÍS

EL MUNDO

Expansión

MARCA

Fiscal Laboral

LA RAZÓN

Economist & Jurist

Tel.: (+34) 911 265 180 · info@premiojuridico.com · www.premiojuridico.com