

## **Delito de revelación de secretos / Derecho a la defensa. Condena a un abogado por aportación de documentos personales**

**Cuantificación del Daño Moral**

**Legitimación activa para la  
ejecución de Hipotecas Titulizadas**

**Retribución del Personal Directivo**



# Language Solutions for PRIIPs

CREATE. CONNECT. COMPLY.

PRIIPs  
GET READY

## SU OBLIGACIÓN



Traducir al menos a uno de los idiomas reconocidos del país miembro



Publicarlo en su web antes de ofrecerlo a los inversors



Procesar y aprobar gran volumen de documentación, en diferentes idiomas



Cumplir con la regulación PRIIP, necesario en 2016

### RR Donnelley Language Solutions es la compañía preferida para gestionar documentación PRIIP

- La primera empresa en traducir plantillas y terminología específica PRIIP, de acuerdo a la nueva regulación financiera europea
- Hemos traducido 230.000 DFI o KIID, en 20 idiomas
- Prestamos Servicio a más de 250 gestoras de fondos, incluyendo las 10 mayores
- Somos expertos en la traducción, publicación y registro KID



RR Donnelley Language Solutions

## PRIIPs KID Services

Contacte con nosotros para cumplir con esta nueva normativa europea

[christian.grinbank@rrd.com](mailto:christian.grinbank@rrd.com)

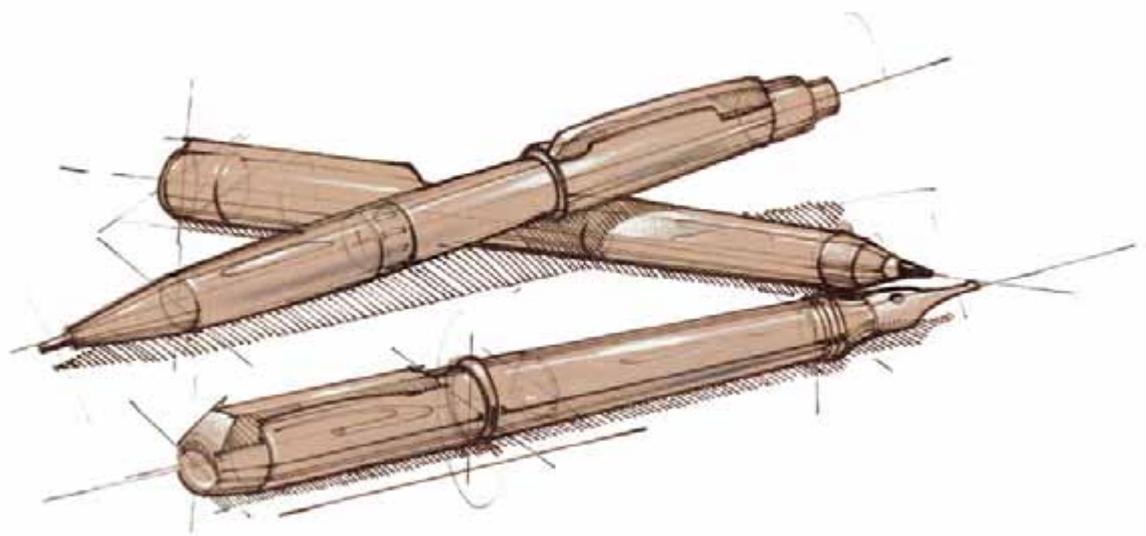
91 432 92 80

# Sueño de una noche de verano

Decía Oscar Cruz Barney, “... *que el derecho a la defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional...*”. Nuestra Constitución así lo entiende (art. 24), derecho de asistencia de abogado, derecho a utilizar los medios de prueba, secreto de las comunicaciones (art.18)...

La letrada Mónica Caellas Camprubí, nos recuerda en las páginas de este número de Economist&Jurist, la condena a una abogada por la utilización en una vista, de medidas provisionales de documentación personal y reservada del marido de su cliente. Sin prejuizar, la materia es de gran interés para la abogacía y para el derecho a la defensa. En cualquier caso, todos estaremos de acuerdo, en que con respeto a la ley, es fundamental que los abogados puedan ejercitar su función con seguridad e independencia, de lo contrario la justicia real, la que penetra en la piel de las personas de forma precisa, sólo será un sueño, un sueño propio de una noche del verano que ahora nos abandona.

[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.

## 12 EN PORTADA

El delito de revelación de secretos de la contraparte, derivado de la aportación de documentos en procedimientos judiciales. Por Mónica Caellas

### DERECHO CIVIL

18 - La cuantificación del daño moral en España. Por Natalia Astigarraga

32 - La legitimación activa para la ejecución de hipotecas titulizadas. Por Antonio Valmaña y Juan Francisco Vázquez

42 - Interpretación jurisprudencial sobre los índices hipotecarios; IRPH, EURIBOR, CECA e IRS. Por Miguel Ángel Sánchez-Jáuregui

### 50 DERECHO EUROPEO

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Canon Digital (de 9 de junio de 2016). Por Jordi Bacaria

### 58 DERECHO LABORAL

Retribuciones del personal directivo de las empresas. Por Manel Hernández

### 64 CASOS PRÁCTICOS

Responsabilidad Civil extracontractual por caída en la cinta mecánica de un centro comercial

### DERECHO PENAL

70 - La condena en costas a las acusaciones populares. Por Manuel Gómez y Miguel Ángel Morillas

12 - El delito de revelación de secretos de la contraparte, derivado de la aportación de documentos en procedimientos judiciales. Por Mónica Caellas

### 76 DERECHO PROCESAL

Agilidad procesal y nuevos plazos de instrucción. Por José María Paret y Alessandra di Cesare



## 12 EN PORTADA

El delito de revelación de secretos de la contraparte, derivado de la aportación de documentos en procedimientos judiciales

*Como es sabido, el secreto profesional del abogado está amparado y, a la vez, sujeto, al derecho y deber del secreto profesional.*

*En este sentido, el abogado, por un lado, puede oponer su derecho al secreto profesional para no revelar información que haya obtenido en su ejercicio profesional.*

## 84 ÁMBITO JURÍDICO

La nueva abogacía: El abogado de frontera. Por Carles McCragh

## 94 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

## 96 NOVEDADES EDITORIALES

### Economist & Jurist

[www.economistjurist.es](http://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.L.  
Paseo del Rey, 22, oficina 2 - 28008 Madrid  
Tel: 91 426 17 84 - Fax: 91 578 45 70  
[clientes@difusionjuridica.es](mailto:clientes@difusionjuridica.es)

Ronda General Mitre, 116, Bajos - 08021 Barcelona  
[economist@difusionjuridica.es](mailto:economist@difusionjuridica.es)  
[www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es)  
CIF: A59888172 - Depósito Legal: M-29743-2015

**Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834**  
[ayuda@difusionjuridica.es](mailto:ayuda@difusionjuridica.es)

#### Diseño y Maquetación

Fabio Heredero Barrigón

#### Exclusiva de publicidad

Comunicación Integral y Marketing para Profesionales  
Calle Magallanes nº 25, 28015 Madrid  
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021  
[info@cimapublicidad.es](mailto:info@cimapublicidad.es) - [www.cimapublicidad.es](http://www.cimapublicidad.es)

#### Impresión

Rotoatlántica

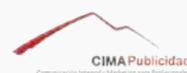
Edita: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.



La editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad S.L., a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Economist&Jurist, o partes de ellas, sean utilizada para la realización de resúmenes de prensa.

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

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



# INFORMACIÓN AL DÍA

## SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
  - Legislación**
    - Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad ..... 04
- AL DÍA CIVIL
  - Legislación**
    - Protección de consumidores y usuarios contratación de préstamos hipotecarios sobre la vivienda ..... 05
    - Pactos sucesorios en Cataluña ..... 06
  - Jurisprudencia**
    - Cláusulas suelo ..... 06
    - Impuesto sobre bienes inmuebles ..... 07
- AL DÍA CONSTITUCIONAL
  - Jurisprudencia**
    - Dilaciones indebidas ..... 07
- AL DÍA MERCANTIL
  - Legislación**
    - Funciones de los depositarios de instituciones de inversión colectiva ..... 08
- AL DÍA PENAL
  - Jurisprudencia**
    - Objeción de conciencia ..... 09
- AL DÍA SOCIAL
  - Legislación**
    - Prórroga de la presentación de solicitudes de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales ..... 09
  - Jurisprudencia**
    - Retribución de vacaciones ..... 10
    - Prestaciones sociales ..... 10
- SUBVENCIONES
  - Estatales**
    - Subvenciones a asociaciones judiciales .... 10
    - Subvenciones para investigaciones sociológicas ..... 10
  - Autonómicas**
    - Subvenciones para la contratación por cuenta ajena de desempleados en Aragón ..... 10
    - Subvenciones de apoyo a las familias en Aragón ..... 11
    - Subvenciones para emprendedores en Aragón ..... 11

- Ayudas para la vivienda de personas en riesgo de exclusión social en Cataluña .... 11
- Ayudas para las producciones afectadas por la lluvia en Canarias ..... 11

## AL DÍA ADMINISTRATIVO Legislación

### SE MODIFICA EL CONVENIO SOBRE EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE NACIONALIDAD, ADOPTADO EN ESTRASBURGO EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Modificación de los anexos I y II del Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, adoptada en Estrasburgo el 16 de septiembre de 2015 mediante Resolución 4/2015. (BOE núm. 156, de 29 de junio de 2016)

Resolución 4/2015 por la que se modifican los anexos del Convenio (n.º 28) relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, firmado en Lisboa el 14 de septiembre de 1999, adoptada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2015 en Estrasburgo.

Considerando que el Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, firmado en Lisboa el 14 de septiembre de 1999, incluye dos anexos, por una parte el certificado de nacionalidad (anexo 1) y por otra la lista de epígrafes y sus códigos (anexo 2).

Y considerando que dicho Convenio prevé la modificación de los mencionados anexos así como el procedimiento para realizar dicha modificación en los apartados 1 y 2 del artículo 11, el apartado 3 del artículo 17, y en la letra d) del apartado 1 del artículo 21.

## ¡ATENCIÓN!



**EUROPA NO DETERMINA LAS CONDICIONES EN LAS QUE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL PUEDE LIMITAR LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES POR LAS QUE SE CALIFICA COMO ABUSIVA UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL. MAS INFORMACIÓN AL DÍA CIVIL, PÁGS. 6 Y 7**

### AL DÍA CIVIL

#### Legislación

#### **LEY DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE ENTRARÁ EN VIGOR EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2016 EN ANDALUCÍA**

*Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda. (BOE núm. 157, de 30 de junio de 2016)*

El título preliminar, referido a las disposiciones generales, concreta en su artículo **primero el objeto de la Ley, consistente en garantizar la protección de las personas consumidoras y usuarias, regulando la transparencia y el acceso a la información que se les debe facilitar en la suscripción de préstamos o créditos hipotecarios sobre una vivienda.** Se trata de una materia que afecta no solo a un bien de uso ordinario, sino, en la mayoría de los casos, de primera necesidad, como es la vivienda, siendo la suscripción de un préstamo hipotecario la vía de financiación más usual para la adquisición de este bien inmueble.

En este mismo título **se introduce el reconocimiento de la persona que intervenga como garante, en su caso, en el préstamo hipotecario como sujeto protegido por la norma.** La experiencia de estos últimos años obliga a remediar el déficit de atención que la normativa que incide sobre esta materia ha mantenido con dicha figura. Si se parte de la premisa de que la per-

sona garante puede llegar a responder del cumplimiento de las obligaciones que del préstamo hipotecario se derivan como consecuencia del incumplimiento de la persona consumidora y usuaria deudora principal, parece razonable que se le facilite información de las condiciones de contratación al mismo nivel que a esta, así como toda aquella específica que le incumba en razón de su posición en el contrato suscrito.

**Especial relevancia alcanzan los llamados servicios o productos accesorios que usualmente se ofertan conjuntamente con los préstamos o créditos hipotecarios.** En la Ley, partiendo de lo previsto en materia de cláusulas abusivas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se recoge de forma expresa que no podrá obligarse a la persona consumidora y usuaria a la suscripción de productos o servicios accesorios no solicitados. Dicha suscripción debería estar prohibida y, en caso de existencia opaca, debería ser causa de sanción en el momento de su conocimiento y durante toda la vida de la hipoteca. Mientras la Directiva 2014/17/UE se refiere y define como servicio accesorio todo servicio ofrecido al consumidor junto con el contrato de préstamo, la presente norma se refiere tanto a productos como a servicios accesorios, y hace una definición más detallada y enunciativa de los mismos, incluyendo una cláusula general que evite el carácter cerrado de dicha definición.

A los efectos de la presente ley, **se consideran prácticas de ventas vinculadas la oferta o venta de un préstamo hipotecario en un paquete junto con otros productos o servicios financieros cuando aquel no se ofrezca a la persona consumidora y usuaria por**

separado, y prácticas de ventas combinadas toda oferta o venta de un préstamo hipotecario junto con otros productos o servicios financieros cuando el préstamo se ofrezca también a la persona consumidora y usuaria por separado, aunque no necesariamente en las mismas condiciones que combinado con otros productos o servicios accesorios. De esa forma, la presente ley adopta los conceptos y respeta la regulación sobre las ventas vinculadas y combinadas que se contienen en los artículos 4.26 y 27, y 12 de la citada directiva, pero exigiendo requisitos de información de la empresa prestamista a la persona consumidora y usuaria en cuanto a su carácter vinculado o combinado y sus correspondientes implicaciones, de modo que pueda valorar si le interesa contratar o no dichos servicios accesorios.

Tanto la Directiva comunitaria 2014/17/UE como la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, obligan a la empresa prestamista a evaluar la solvencia del potencial prestatario sobre la base de una información suficiente, debiendo incluir tanto la facilitada por la persona solicitante como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal. Se establece expresamente, en beneficio de la persona consumidora y usuaria, un derecho de información y conocimiento de las fuentes, criterios y motivos que han justificado la denegación del préstamo, así como la posibilidad de revisar dicha decisión.

El título II, referido al Contrato de Préstamo Hipotecario, recoge el derecho de la parte consumidora a examinar y disponer de una copia del proyecto de escritura pública en el despacho de la notaría elegida por esta, con objeto de que pueda comprobar la adecuación de su contenido con el de la oferta vinculante.

El título III recoge la obligación de la Administración de la Junta de Andalucía de promover e incentivar la adhesión de las empresas prestamistas al Sistema Arbitral de Consumo, facilitándose a las personas consumidoras y usuarias información acerca de las entidades adheridas al mismo. Se crea el Tribunal Arbitral Andalúz para Ejecuciones Hipotecarias y Desahucios, en el seno de la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía, específicamente destinado a facilitar la resolución de los conflictos en materia de contratación hipotecaria y desahucios. Se prevé igualmente la creación de órganos sectoriales de

mediación en el seno del Consejo Andalúz de Consumo y sus consejos provinciales.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

## PACTOS SUCESORIOS. CONSEJO IMPORTANTE PARA LOS NOTARIOS EN CATALUÑA

Ante la realidad de que en Cataluña pueden constituir un pacto sucesorio dos o más personas, es evidente que con frecuencia puedan otorgarse pactos sucesorios entre heredante y heredero sin que se necesite para su viabilidad legal un requisito especial.

En la práctica el heredero testamentario puede decir «Papá, te estoy tan agradecido que me gustaría tener la ocasión de hacer notar en escritura pública mi agradecimiento». Así puede conseguir dicho heredero testamentario convertir su expectativa revocable en titular del contenido hereditario con carácter prácticamente irrevocable.

No estaría pues de más que el Notario, siempre que el pacto sucesorio se celebre solo entre dos personas y contenga la institución de heredero, advirtiera al heredante que esta disposición ya no es como la testamentaria plena y libremente revocable por su sola voluntad. Sería pues conveniente que el Notario siempre advirtiera al otorgante heredante que este acto es prácticamente irrevocable.

Más información en “La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña” en [www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es).

### Jurisprudencia

## CLÁUSULAS SUELO EL TJUE DENIEGA LA RETROACTIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Informe del Abogado del TJUE – 13/07/2016

El Tribunal Supremo español declaró en su momento la devolución por las cláusulas suelo a partir del 9 de mayo de 2013, por ello, los clientes afectados recurrieron a la justicia europea.

El abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado tras estudiar el caso español que “la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, incluidas en los contratos de préstamo hipotecario en España, es compatible con la Directiva europea”.

## ¡ATENCIÓN!



**EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA COMO DOCTRINA QUE EL VENDEDOR PUEDA REPERCUTIR EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES AL COMPRADOR DE UNA VIVIENDA, SIEMPRE Y CUANDO NO REALICEN UN PACTO EN CONTRARIO. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA CIVIL, PÁG. 7**

De este modo, confirma **que la directiva europea, no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional puede limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual.** Por consiguiente, corresponde al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión.

La opinión del abogado general no es vinculante, sin embargo viene coincidiendo con la opinión del Tribunal Europeo.

### **IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES EL VENDEDOR PUEDE REPERCUTIR EL IBI AL COMPRADOR DE UNA VIVIENDA**

*Tribunal Supremo. Sala de lo Civil – 15/06/2016*

**El Tribunal Supremo fija como doctrina que el vendedor pueda repercutir el Impuesto sobre Bienes Inmuebles al comprador de una vivienda, siempre y cuando no realicen un pacto en contrario por contrato.**

De este modo, **el Tribunal establece la interpretación que ha de hacerse del artículo 63.2 de la Ley de Haciendas Locales, de forma que el vendedor que abone el IBI pueda repercutirlo sobre el comprador, en función del tiempo que hayan ostentado la propiedad del inmueble cada una de las partes.**

Por último, la sentencia aclara que comprador y vendedor podrán pactar la imposibilidad de la repercusión. No obstante, ante la ausencia de pacto, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69883374

## AL DÍA CONSTITUCIONAL

### Jurisprudencia

#### **DILACIONES INDEBIDAS**

#### **EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TARDA 4 AÑOS EN DICTAR UNA SENTENCIA EN LA QUE APRECIA DILACIONES INDEBIDAS POR UN RETRASO DE 15 MESES**

*Tribunal Constitucional. Sala Segunda – 09/05/2016*

El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al recurrente por retraso excesivo en el señalamiento de la vista, que había sido de un año y tres meses, en un procedimiento contencioso-administrativo de extranjería en la que al actor se le había denegado el permiso de residencia de larga duración.

**La Sentencia del Constitucional, de fecha 9 de mayo de 2016, ha tardado cuatro años en resolver la demanda de amparo por dilaciones indebidas, produciéndose con ello una llamativa situación cuando, además, fundamenta la concesión del amparo en que no es óbice la excesiva carga de trabajo del juzgado recurrido para que se respete el derecho a un proceso sin dilaciones.**

En las circunstancias del caso, el demandante de amparo había recurrido el decreto de convocatoria de la vista solicitando que fuese adelantada alegando que durante ese período podría serle incoado un expediente de expulsión, o incluso ser privado de libertad, al tratarse de una persona extranjera a la que se le había denegado el permiso de residencia, aspecto que también ha sido determinante en la decisión del Tribunal.

El Tribunal Constitucional, realiza un análisis de su jurisprudencia para determinar si es una situación que vulnera el mentado derecho, verificando si ha existido una efectiva dilación y si puede considerarse o no justificada,

pues “**no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental**”, matiza.

Analizando las circunstancias concretas del caso, el Constitucional afirma que el asunto planteado no reviste una especial complejidad, por lo que “*no parece razonable que en un procedimiento de esta naturaleza se haya diferido la vista del recurso contencioso-administrativo, con evidente perjuicio del recurrente, a una fecha tan lejana*”.

Por último, **el Tribunal Constitucional subraya que si bien el retraso parece obedecer a causas estructurales y a la carga de trabajo que pesa sobre el órgano judicial, ello no impide apreciar la vulneración del derecho, pues esta situación no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones ni legitima el retraso.**

Puede consultar el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69938195

## AL DÍA MERCANTIL

### Legislación

## FUNCIONES DE LOS DEPOSITARIOS DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA Y ENTIDADES REGULADAS POR LA QUE SE REGULAN LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO Y OTRAS ENTIDADES DE INVERSIÓN COLECTIVA

*Circular 4/2016, de 29 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre las funciones de los depositarios de instituciones de inversión colectiva y entidades reguladas por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. (BOE núm. 167, Martes 12 de julio de 2016)*

La Circular establece en la sección primera el ámbito de aplicación, que abarca tanto a depositarios de IIC como a los depositarios de las entidades reguladas por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre.

En la sección segunda, se regulan las funciones de custodia y administración y control del efectivo, así como las especificidades y excepciones en el desempeño de estas

funciones, aplicables al depositario de entidades reguladas en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, y de instituciones de inversión colectiva de inversión libre.

En la sección tercera, se precisan aspectos técnicos relativos al régimen general aplicable a la función de supervisión y vigilancia del depositario, teniendo en cuenta de nuevo las especificidades que presenta el desempeño de esta función en entidades reguladas en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre. Además, con el objetivo de simplificar y unificar la normativa de los depositarios, se incorporan en esta sección los requisitos recogidos en la Circular 3/2009, de 25 de marzo, de la CNMV, sobre el contenido del informe semestral de cumplimiento de la función de vigilancia y supervisión de los depositarios de instituciones de inversión colectiva, para poder proceder así a la derogación de la misma. Se adjunta como anexo A los modelos que figuraban en dicha Circular y que recogen la forma y contenido del reporte de las incidencias por parte de los depositarios de IIC.

Asimismo, **se incorpora a esta Circular la norma adicional contenida en la mencionada Circular 3/2009, de 25 de marzo, de la CNMV, relativa al modelo de informe para los fondos de inversión recogido en el anexo 1 de la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición, de manera que dicho modelo queda sustituido por el modelo contenido en el Anexo B de la presente Circular.**

Por otro lado, en la norma final primera, con el objetivo de clarificar la normativa y en virtud de la habilitación incluida en el apartado 3 de la disposición final única del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, se modifica el contenido de la norma 7.<sup>a</sup> de la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, y se sustituye el modelo de su anexo 8.

Finalmente, **el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, habilita a la CNMV en su artículo 53.2, a determinar el procedimiento de cálculo del coeficiente mínimo de liquidez del 1% sobre el patrimonio que deben mantener las IIC** así como las categorías de activos liquidados en que se puede materializar. Haciendo uso de esta habilitación, en la norma final segunda se modifica la Circular 6/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre la determinación del valor liquidativo y aspectos operativos de las Instituciones de Inversión Colectiva, con el objeto de concretar estos aspectos mencionados anteriormente.

## ¡ATENCIÓN!



**NO TODA INFRACCIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES O TODA EXCESIVA DURACIÓN TEMPORAL DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES SUPONEN UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE UN PROCESO SIN DILACIONES. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA CONSTITUCIONAL, PÁGS. 7 Y 8**

### AL DÍA PENAL Jurisprudencia

#### **OBJECCIÓN DE CONCIENCIA CONDENADO POR DELITO ELECTORAL POR NEGARSE A SER VOCAL EN UNA MESA ELECTORAL**

Juzgado de lo Penal de Elche – 02/06/2016

El Juzgado de lo Penal nº2 de Elche ha condenado mediante sentencia de fecha 2 de junio con una pena de multa por un delito electoral a un hombre que presentó su objeción de conciencia a ser vocal.

El acusado fue nombrado como primer vocal en las Elecciones Generales de 2011, y presentó una solicitud de excusa por objeción de conciencia ante la Junta Electoral, en la cual señaló literalmente su objeción “*por su desacuerdo con el actual sistema político y electoral frente al cual propone autogestión y asamblearismo*”. A pesar de la negativa de la Junta Electoral a admitir su recurso, el acusado no acudió a ejercer sus obligaciones electorales.

De este modo, el Juzgado le ha condenado a la pena de multa de 340€ como autor de un delito electoral, por considerar que, de no hacerlo y estimar su objeción de conciencia, se descompondría el contenido del deber electoral y quedaría al arbitrio del ciudadano cumplir con el mismo.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69925710

### AL DÍA SOCIAL Legislación

#### **SE PRORROGA HASTA EL 15 DE AGOSTO DE 2016, LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE REDUCCIÓN DE COTIZACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES A LAS**

#### **EMPRESAS QUE HAYAN CONTRIBUIDO A LA DISMINUCIÓN Y PREVENCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL**

*Orden ESS/1003/2016, de 22 de junio, por la que se prorrogan los plazos para la presentación de las solicitudes y la remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2015, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2016)*

Al amparo de las previsiones establecidas en la disposición final tercera del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, la Orden TIN/1512/2011, de 6 de junio, la Orden ESS/1368/2012, de 25 de junio, la Orden ESS/911/2013, de 23 de mayo, la Orden ESS/996/2014, de 12 de junio y la Orden ESS/1068/2015, de 3 de junio, vinieron a ampliar hasta el 30 de junio y el 15 de agosto de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, respectivamente, los plazos para la presentación a las entidades gestoras o mutuas de las solicitudes de las empresas que desearan optar por los incentivos correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 y de remisión por aquéllas de los informes-propuesta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

El volumen de gestión derivado de las solicitudes presentadas respecto de los referidos ejercicios hace aconsejable el mantenimiento de la ampliación de plazos señalada para las solicitudes correspondientes al ejercicio 2015, a fin de facilitar a las empresas la presentación de las mismas y racionalizar el inicio de los procedimientos en coherencia con el volumen de expedientes en tramitación.

## Jurisprudencia

### RETRIBUCIÓN DE VACACIONES LA RETRIBUCIÓN DURANTE EL PERIODO DE VACACIONES DEBE INCLUIR TODOS LOS CONCEPTOS ORDINARIOS

*Tribunal Supremo. Sala de lo Social – 08/06/2016*

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a la retribución de todos los conceptos ordinarios durante los períodos de vacaciones.

Así, la Sala señala que, en el caso en concreto, ha de aplicarse el convenio colectivo que regula el cálculo de la retribución del período de vacaciones. No obstante lo anterior, en cualquier caso, **la retribución ha de comprender siempre los conceptos ordinarios. Para el cálculo de esta retribución únicamente podrían excluirse los extraordinarios o aquellos que pudieran comprender un doble pago.**

La sentencia se fundamenta principalmente en que la retribución abonada a los trabajadores durante su período de descanso “no puede disuadir o desincentivar su disfrute”. De este modo, estima el recurso de casación presentado y anula la sentencia dictada en instancia anterior por la Audiencia Nacional.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69883451

### PRESTACIONES SOCIALES LOS ESTADOS MIEMBROS PUEDEN EXIGIR EL PERMISO DE RESIDENCIA A LOS CIUDADANOS QUE SOLICITEN PRESTACIONES SOCIALES

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea – 14/06/2016*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado, en su sentencia del pasado 14 de junio, que **“aunque se considere que este requisito constituye una discriminación indirecta, está justificado por la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida”**.

En el caso analizado por el TJUE, las autoridades de Reino Unido habían denegado multitud de las prestaciones solicitadas, fundamentándolo en que los solicitantes carecían de permiso de residencia en dicho Estado. Así, numerosos ciudadanos presentaron sus quejas ante la Comisión Europea de Ciudadanos de otros Estados miembros residentes, en este caso, en Reino Unido.

Ante el recurso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que la diferencia de trato que alegan los recurrentes puede estar justificada por un “objetivo legítimo”. Así, el objetivo legítimo sería la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida. Del mismo modo, recuerda que este fallo se refiere únicamente al caso analizado, y que no cabe incurrir en aplicar por analogía el criterio establecido en la sentencia más allá de lo que resulte necesario para alcanzar el objetivo concreto al que se refiere.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en [www.casosreales.es](http://www.casosreales.es) Marginal: 69925712

## SUBVENCIONES

### Estatales

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

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

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

#### SE APRUEBA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS

*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)*

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

### Autonómicas

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

*Orden EIE/529/2016, de 30 de mayo, por la que se estable-*

## NOTA IMPORTANTE



**LOS ESTADOS MIEMBROS PUEDEN EXIGIR EL PERMISO DE RESIDENCIA A LOS CIUDADANOS QUE SOLICITEN PRESTACIONES SOCIALES. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA SOCIAL, PÁG. 9**

*cen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el estímulo del mercado de trabajo y el fomento del empleo estable y de calidad. (Boletín Oficial de Aragón de 9 de junio de 2016)*

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

### **SE CONCEDEN SUBVENCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, INTEGRACIÓN SOCIAL DE EXTRANJEROS Y APOYO A LAS FAMILIAS EN ARAGÓN**

*Orden CDS/505/2016, de 23 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de igualdad, integración social de personas de origen extranjero y apoyo a las familias. (Boletín Oficial de Aragón de 7 de junio de 2016)*

**Plazo de presentación:** El plazo de presentación de la solicitud de subvención se fijará en cada convocatoria

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

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

**Plazo de presentación:** Las solicitudes de subvención al establecimiento como trabajador autónomo debe-

rán presentarse en el plazo de un mes a contar desde el día en que se inicie la actividad

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

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

**Plazo de presentación:** 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 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)*

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

# EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS DE LA CONTRAPARTE, DERIVADO DE LA APORTACIÓN DE DOCUMENTOS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES



**Mònica Caellas Camprubí.** Abogada de Molins&Silva

## SUMARIO

1. El delito de revelación de secretos profesionales
2. La doctrina dimanante de las audiencias provinciales relativa a la revelación de secretos por el particular
3. Disponibilidad de la acción penal

*Como es sabido, el secreto profesional del abogado está amparado, y a la vez, sujeto al derecho y deber del secreto profesional.*

*En este sentido, el abogado, por un lado, puede oponer su derecho al secreto profesional para no revelar información que haya obtenido en su ejercicio profesional (art. 24.2 párr. 2º CE<sup>1</sup> y arts. 263 -exención del deber de denunciar-<sup>2</sup> y 416.2 LECrim -dispensa del deber de declarar-<sup>3</sup>) y, por otro, tiene el deber de salvaguardarlo, esto es, de no revelar la referida información, so pena de incurrir en el delito de revelación de secretos profesionales del art. 199.2 del Código Penal:*

*“El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.*

<sup>1</sup> “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>2</sup> “La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior -deber de denunciar- no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes”.

<sup>3</sup> “Están dispensados de la obligación de declarar: (...) El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”.

## EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS PROFESIONALES

El mentado precepto tipifica la conducta del profesional que, con **incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, castigándose con las penas de prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para la profesión por tiempo de 2 a 6 años.**

**Es un delito especial propio en el que el sujeto activo ha de ser un profesional que realice una actividad jurídicamente reglamentada**, cuyo ejercicio requiera cumplir con una obligación de sigilo. Dicho profesional ostenta la condición de confidente necesario, de modo que la propia relación entre el profesional y el sujeto titular del secreto obliga a éste a revelar sus secretos a aquél.

El deber de secreto de los abogados o, lo que es lo mismo, dicha obligación de sigilo, viene impuesta por el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 32.1 del Estatuto General de la Abogacía, que establece que *“Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*. También viene contemplado en el art. 5 del Código de Deontológico de la Abogacía española y en el art. 2.3 del Código

### LEGISLACIÓN

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

- Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Normas básicas. marginal: 69726867). Arts. 416.2
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1). Arts.; 24.2 párr. 2º
- Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 69726846). Arts.; 197 y 199.2
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Normas básicas. Marginal: 69726851). Art. 542.3
- Estatuto General de la Abogacía (Normas básicas. Marginal: 10324) Art. 32.1
- Código Deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea. (Normas básicas. Marginal: 106344).Art. 5
- Código de Deontológico de la Abogacía española. (Normas básicas. Marginal: 106340) Art. 2.3

**“El abogado puede oponer su derecho al secreto profesional para no revelar información que haya obtenido en su ejercicio profesional y tiene el deber de salvaguardarlo, esto es, de no revelar la referida información, so pena de incurrir en el delito de revelación de secretos profesionales”**

## “El contenido del secreto debe restringirse a aquellos extremos que afecten a la intimidad que tengan relevancia jurídica, que influyen en el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”

### JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 10 de junio de 2013, núm. 117/2013, Nº Rec. 121/2013, (Marginal: 2448721)
- Sentencia del tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2008, núm. 302/2008, Nº Rec. 1352/2007, (Marginal: 189332)
- Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 8 de junio de 2004, núm. 162/2004, Nº Rec. 51/2004, (Marginal: 69939759)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 1994, núm. 65/1994, Nº Rec. 196/1992, (Marginal: 69939761)
- Auto del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 1985, núm. 257/1985, (Marginal: 1657909)

Deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea.

Comoquiera que el bien jurídico protegido es la intimidad, **la Jurisprudencia ha estimado que el contenido de secreto debe restringirse “a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, que afecten al ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para man-**

**tener una calidad mínima de vida humana”** (STC 28/2/1994). Si no puede predicarse el carácter secreto de lo revelado o concurre el consentimiento del titular del referido bien jurídico, el supuesto es atípico.

**La conducta consiste en divulgar los secretos ajenos, entendida como la acción de comunicarlos por cualquier medio, en la que ya se ha subsumido algún caso de aportación de documentos en procedimientos judiciales. Supues-**

**tos en los que una de las partes, a través de su abogado, aporta al proceso como medio de prueba documentos que obran en su poder y que contienen información relativa a la parte contraria.**

De este modo, atendiendo a que la literalidad del precepto no limita el secreto al llamado confidente necesario, contemplando la divulgación de secretos de persona ajena, se ha entendido que el sujeto pasivo de este tipo delictivo no se limita al cliente del profesional, sino que puede abarcar a terceras personas de las que se haya obtenido la controvertida información en virtud de la relación profesional, precisamente mantenida con el cliente.

En estos casos, la conducta análoga del particular, consistente en revelar secretos de un tercero con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, es la prevista en el delito de revelación de secretos del párrafo 2º del art. 197.3 del Código Penal<sup>4</sup>, debiéndose resolver el aparente concurso de normas entre éste y el art. 199. 2 del Código Penal en relación al profesional, en base al principio de especialidad, a favor del citado art. 199.2 del Código Penal (STS 27/5/2008).

La referida acción típica ha de ser dolosa, no estando penada la eventualmente cometida por imprudencia.

### LA DOCTRINA DIMANANTE DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES RELATIVA A LA REVELACIÓN DE SECRETOS POR EL PARTICULAR

Asentado lo anterior, cumple significar que son muy pocos los pronunciamientos habidos por parte del Tribu-

<sup>4</sup> “Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realice la conducta descrita en el párrafo anterior -difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos-”.

nal Supremo respecto a este concreto tipo delictivo, menos los relacionados con el profesional abogado y ninguno -s.e.u.o.- concerniente a la aportación al proceso de prueba documental. En cambio, además de la ya conocida **Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de junio de 2013, en la que se condena a una abogada por la utilización en una vista de medidas provisionales de documentación personal y reservada del marido de su cliente, obtenida de manera ilícita por ésta**, es abundante la doctrina dimanante de las audiencias provinciales, sobretodo respecto al tipo del actual art. 197.3 del Código Penal, relativo a supuestos en los que el denunciado es el particular, por haber llevado a cabo

dicha controvertida aportación de documentos, en su calidad de parte personada, en un procedimiento judicial.

Del examen de algunos de los referidos pronunciamientos, que constituyen la llamada jurisprudencia menor, se extrae que el criterio orientador fundamental para la práctica procesal ha de ser la valoración del contenido y origen de la información que se pretende aportar, dado que, tal y como anteriormente se ha apuntado, si no se puede predicar su carácter secreto, en principio, no habría de haber impedimento legal en aportarla. Se trata, en definitiva, de observar si la mentada prueba contiene información circunscrita a la esfera íntima y reservada de la persona de la que se trate y si, en

coherencia con ello, su obtención ha sido ilícita, en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 197 del Código Penal<sup>5</sup>.

Del análisis de la casuística existente, aún no siendo ésta unánime, se desprende que **si la controvertida información, aún perteneciendo al ámbito de la privacidad, era conocida y obraba en poder del otro, su aportación, al no venir precedida de la referida conducta típica del apoderamiento o acceso no autorizado, no debería constituir la necesariamente posterior de revelación.**

Ello, **atendiendo además a que dicha aportación de prueba, obte-**



<sup>5</sup> “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otro señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

“Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Igualmente se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.”

## “La obtención ilícita de la prueba por parte del cliente como requisito previo necesario para estimar la concurrencia de un supuesto de divulgación de secretos por parte del abogado mediante la aportación de la misma a un procedimiento judicial, viene corroborado con la nueva figura del “sexting”

nida de forma lícita por el cliente, se limitaría al restringido marco de un procedimiento judicial en el que, por su propia naturaleza, es muy cuestionable que pueda entenderse cometida la conduc-

ta de divulgar atentatoria contra la intimidad. Así como, sin perjuicio de que si existe la posibilidad de que aquella información sea recabada directamente por el órgano judicial, lo más prudente sea que se intente su in-

corporación al procedimiento mediante la oportuna solicitud al Juzgado, siendo como es que el conocimiento de la misma, en sí, carece de relevancia penal.

La obtención ilícita de la prueba por parte del cliente como requisito previo necesario para estimar la concurrencia de un supuesto de divulgación de secretos por parte del abogado mediante la aportación de la misma a un procedimiento judicial, viene corroborado con la nueva figura del “sexting”, prevista en el apartado 7 del mismo art. 197 del Código Penal<sup>6</sup>, en el sentido de que cuando el legislador ha querido criminalizar la conducta de revelación de información obtenida con la anuencia del afectado por la misma -en este caso, imágenes

### BIBLIOGRAFÍA

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

### BIBLIOTECA

- FRIGOLA VALLINA, JOAQUÍN; ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ FRANCISCO. *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación. Límites y aspectos jurídicos civiles y penales*. Ed. Revista General del Derecho. Valencia 1998
- ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO. *La aportación procesal de correspondencia entre letrados*. Ed. Difusión Jurídica. Madrid 2007

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- OSET PIQUÉ, JOAN. *El secreto profesional de los abogados*. *Economist&Jurist* N° 137. Febrero 2010. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- SÁNCHEZ STEWART, NIELSON. *Abogados: blanqueo de capitales “Ataque al secreto profesional”*. *Economist&Jurist* N° 120. Mayo 2008. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- CEDÓ, MARÍA. *Secreto profesional de los abogados. El Tribunal Europeo no extiende el secreto profesional de las comunicaciones a los abogados in-house*. *Economist&Jurist* N° 115. Noviembre 2007. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

<sup>6</sup> “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”

o grabaciones audiovisuales-, así lo ha tipificado expresamente. En estos supuestos, **si el abogado considerase pertinente la aportación de dichas imágenes o grabaciones a un procedimiento judicial, a falta del consentimiento del afectado, lo más prudente asimismo sería solicitar el dictado de la correspondiente resolución judicial autorizándolo.**

El Tribunal Constitucional ya ha puesto de manifiesto que el derecho a la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, no es ilimitado, pudiendo su ejercicio verse sometido, en aras al respeto de otros bienes jurídicos igualmente dignos y necesitados de protección, a exigencias derivadas precisamente de la acción de la justicia (TC 17/4/1985).

Así, en las actuaciones propias de los procedimientos civiles de familia que, por su propia naturaleza, se nutren de información personal de sus miembros y familias, saliendo a relucir aspectos que afectan a la intimidad de las personas implicadas, las partes *“pueden sentir que su intimidad ha sido vulnerada, pero sin que esto implique la existencia de una conducta delictiva”* (AAP Lugo 162/2004).

Finalmente, hay que tener en cuenta que no se puede proceder por el mencionado delito de revelación de secretos profesionales sin previa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o, cuando aquélla sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, del Ministerio Fiscal. Y que **el perdón del ofendido o de su re-**

**presentante legal, que deberá ser otorgado de forma expresa antes de que se dicte sentencia, extingue la acción penal, salvo que aquél sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección y el perdón, oído el Ministerio Fiscal, sea rechazado por los jueces o tribunales. ■**



## DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

### CONCLUSIONES

- La infracción del deber de secreto del abogado, tanto en relación con el propio cliente, como respecto de terceras personas ajenas de las que se hayan conocido secretos en virtud del ejercicio profesional, puede dar lugar a la comisión del delito de revelación de secretos profesionales del art. 199.2 del Código Penal
- La aportación de documentos en procedimiento judiciales será típica si la información contenida en los mismos se circunscribe a la esfera íntima y reservada de la persona y su obtención ha sido ilícita
- Si existe la posibilidad de que aquella información sea recabada directamente por el órgano judicial, lo más prudente es intentar su incorporación al procedimiento mediante la oportuna solicitud al Juzgado

# LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN ESPAÑA



**Natalia Astigarraga Bronte.** Abogada de Cremades & Calvo Sotelo

## SUMARIO

1. Definición de Daño moral
2. La valoración económica del daño moral
3. Concepciones jurisprudenciales
4. Requisitos y procedimiento de reclamación

*Partiendo del principio general e inspirador de nuestro sistema, la restitutio in integrum, existe consenso tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia a la hora de definir qué es el daño moral.*

*Siguiendo la distinción clásica en responsabilidad civil entre “daños patrimoniales” y “daños no patrimoniales o extra-patrimoniales”, los daños morales se identifican con esta segunda categoría y, por tanto, cualquier daño que no pueda incorporarse dentro de la primera categoría, será considerado daño moral. Miquel Martí-Casals y Josep Solé Feliu (2003, p. 858) señalan la necesidad de dar una definición negativa por la variedad extrema de supuestos que pueden tener cabida dentro de esta categoría.*

*Se trata por tanto de «todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial» (De Cupis, 1966).*

## DEFINICIÓN DE DAÑO MORAL

**La asignación de daño no patrimonial o extrapatrimonial abarca los casos en que el daño afecta a la persona en sí misma, independien-**

**temente de que pueda también hacerlo o no al patrimonio de ésta.** Recae sobre el patrimonio de forma indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

**El daño moral puede integrar elementos tales como la vergüenza, dignidad vejada, pena, dolor, ofensa, privacidad violada, disminución de estima social, credibilidad pública, entre otros.**

Respecto a los bienes jurídicos cuya pérdida o deterioro trata de compensar la indemnización son la salud, la libertad, la estima, la tranquilidad, la respetabilidad sexual, etc.

La reciente STS 4290/2015, de 23 de octubre, Ponente José Antonio Seijas Quintana, hace alusión a las sentencias de la misma Sala de 27 de julio 2006, 23 de octubre y 28 de febrero de 2008, 12 de mayo 2009 y 30 de abril 2010, según las cuales, es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, *aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.*

La Audiencia Provincial de Barcelona por su parte, en Sentencia de 8 de febrero de 2006, determina que daño moral *“es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dig-*

## LEGISLACIÓN

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

- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. (Legislación general. Marginal: Marginal: 6927861) Art 104
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. (Legislación general. Marginal: 69726904)

*nidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”.*

**El derecho a reclamar la indemnización por daño moral es independiente a la existencia de un daño patrimonial y responde a tres características esenciales, a saber: (i) no es transmisible a**

**terceros por actos intervivos, si pudiendo transmitirse a los herederos cuando la víctima haya iniciado la acción de reclamación en vida, (ii) su resarcimiento ni pretende el restablecimiento a la situación anterior dadas las propias características del daño causado y (iii) su cuantificación responde a criterios discrecionales del juzgador.**

---

**“El daño moral puede integrar elementos tales como; vergüenza, dignidad vejada, pena, dolor, ofensa, privacidad violada, disminución de estima social o la credibilidad pública”**

---

Atendiendo a la ausencia de valor económico per se que de este tipo de daño que opera en el ámbito de la dignidad, ausencia de satisfacción o perturbación causada, la indemnización que se reclame tiene una dimensión meramente compensatoria.

### LA VALORACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO MORAL

La cuantificación del daño moral en nuestro sistema jurídico es una cuestión ciertamente compleja. Quizás por su carácter subjetivo, atendiendo a la específica repercusión que el mismo tiene para cada reclamante o tal vez por la dificultad intrínseca de probar cómo el hecho dañoso ha afectado a la víctima, en qué medida y de qué manera, con la consecuente dificultad a la hora de determinar cuál es la justa compensación por aquella zozobra o inquietud que perturba a esa persona.

Al mismo tiempo, la unificación de criterios en cuanto al reconocimiento y valoración del daño moral se encuentra limitada por la propia peculiaridad del sistema judicial español, por cuanto el orden judicial competente dependerá del responsable del daño (particular o administración pública, jurisdicción civil o contencioso-administrativa) e incluso de la existencia o no de infracción penal (jurisdicción penal).

A diferencia de otros países como Francia, y exceptuando el ámbito de los daños causados a víctimas de accidentes de tráfico, a lo cual nos referiremos a continuación, no existen reglas que fijen las cuantías indemnizatorias en estos casos.

En ausencia de reglas específicas, una posible vía de valoración, aceptada jurisprudencialmente, **es la aplicación como criterios orientado-**

## JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de abril de 2016, núm. 232/2016, N° Rec. 1741/2014, (Marginal: 69721864)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2015, núm. 583/2015, N° Rec. 2017/2013, (Marginal: 69457002)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2015, núm. 262/2015, N° Rec. 1459/2013, (Marginal: 69344989)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de mayo de 2014, núm. 172/2014, N° Rec. 355/2013, (Marginal: 69504491)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2013, núm. 403/2013, N° Rec. 368/2011, (Marginal: 69939689)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2012, N° Rec. 2892/2011, (Marginal: 69939703)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 11 de mayo de 2012, núm. 241/2012, N° Rec. 502/2011, (Marginal: 69939695)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2011, núm. 906/2011, N° Rec. 2155/2008, (Marginal: 2373901)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 14 de julio de 2010, núm. 218/2010, N° Rec. 106/2010, (Marginal: 69939681)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 12 de marzo de 2010, núm. 303/2010, N° Rec. 114/2007, (Marginal: 2277986)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2010, N° Rec. 11/2009, (Marginal: 2157576)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 23 de octubre de 2009, núm. 131/2009, N° Rec. 331/2008, (Marginal: 69939680)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2009, núm. 303/2009, N° Rec. 1141/2004, (Marginal: 390407)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 2009, N° Rec. 10374/2004, (Marginal: 323034)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2008, núm. 967/2008, Núm. Rec. 1687/2003, (Marginal: 231070)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2008, núm. 150/2008, N° Rec. 5344/2000, (Marginal: 177466)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 8 de febrero de 2006, núm. 86/2006, N° Rec. 130/2005, (Marginal: 69939694)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 2006, núm. 801/2006, N° Rec. 4466/1999, (Marginal: 277182)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de febrero de 2005, núm. 92/2005, N° Rec. 3467/1998, (Marginal: 212191)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 4 de noviembre de 2004, núm. 297/2004, N° Rec. 361/2004, (Marginal: 69939692)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 19 de junio de 2002, núm. 287/2002, N° Rec. 332/2002, (Marginal: 69939693)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 1999, N° Rec. 8172/1994, (Marginal: 69939706)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de abril de 1997, N° Rec. 7888/1992, (Marginal: 69939698)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997, N° Rec. 9285/1992, (Marginal: 69939697)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 1995, N° Rec. 1902/1991, (Marginal: 69939705)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de enero de 1990, (Marginal: 69939700)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 1990, (Marginal:69939678)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 1989, (Marginal: 69939704)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 1989, N° Rec. 5033/1987, (Marginal: 69939679)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1988, (Marginal: 69939676)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 1988, (Marginal: 69939677)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 1987, (Marginal: 69939699)

### res de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre.

El carácter orientador de esta ley (ley que sustituye el anterior sistema de Valoración, Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004,

de 29 de octubre) fue reconocido en numerosas sentencias, entre ellas la reciente STS 1420/2016 de 8 de abril de 2016, Ponente Ángel Fernando Pantaleón Prieto, relativa a las víctimas del accidente del Buque Costa Concordia, afirmando que **“La jurisprudencia de esta Sala ha establecido, también sin fisuras, la posibilidad de utilizar las reglas**

**del Baremo como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor [entre muchas, SSTS 906/2011, de 30 de noviembre (Rec. 2155/2008), 403/2013, de 18 de junio (Rec. 368/2011) y 262/2015, de 27 de mayo (Rec. 1459/2013).**

La Ley 35/2015 establece en el artículo 104 **que el régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración.** De este modo, el daño moral se indemniza conjuntamente con el daño psíquico y orgánico que las lesiones permanentes causen en la víctima.

No obstante lo anterior, aquellas víctimas que hayan sufrido una única secuela que supere los 60 puntos o bien, varias que conjuntamente alcancen 80 puntos, o bien, sufran un perjuicio estético que alcance al menos 36 puntos, podrán reclamar un cantidad fijada en el propio sistema en función de la extensión e intensidad del perjuicio. Se contempla igualmente la indemnización por pérdida de la calidad de vida de la víctima y de los familiares de grandes lesionados.

**Fuera de la esfera de los accidentes de circulación, quien sufra un daño moral podrá reclamar un importe de indemnización que considere razonable, justa y consecuente con el daño causa-**

## “Los reclamantes tienen la facultad de solicitar que sea el propio juzgador quien determine la cuantía en la que deba ser indemnizada la víctima”

do siguiendo su propio criterio, si bien, deberá argumentar adecuadamente los motivos por los cuáles se reclama dicha cuantía específica.

La jurisprudencia recaída en situaciones similares puede ser una herramienta de gran ayuda para cuantificar el daño moral. Por ejemplo, el TS en sentencia de 17 de febrero de 2005 condenó a una entidad bancaria al abono de 78.131 € por entregar negli-

gentemente billetes falsos a un cliente para viajar a Rusia que condujo a su detención policial y retirada de pasaporte; SAP Madrid de 18 de octubre condenó al pago de 55.147 € por el fallecimiento de un pasajero de un crucero mientras el médico realizaba una excursión voluntaria; SAP Barcelona de 31 de enero de 2016 condena al pago de 225€ a madre que ingirió zumo de larvas durante la lactancia por la zozobra y desasosiego; SAP

Madrid de 19 de mayo de 2014 condena al pago de 4.000 € por engañar a su esposo haciéndole creer que la hija era suya; SAP Madrid de 11 de mayo de 2012 condena al centro escolar privado al abono de 8.000 € por acosos escolar.

**Otra vía para determinar el quantum indemnizatorio es solicitar un porcentaje de la cantidad reclamada por los daños materiales sufridos es un criterio que ha considerado válido los tribunales**, por ejemplo en sentencia de 19 de junio de 2002, la Audiencia Provincial de Salamanca condenó a abonar el 60% del banquete de boda a los novios por la intoxicación de sus invitados. La S.A.P León de 4 de noviembre de 2004 condenó al abono del 50% del precio de traje de novios por estropearlo en la tintorería.

### BIBLIOGRAFÍA

#### BIBLIOTECA

- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *La cuantificación de los daños morales causados por las Administraciones Públicas*
- DE CUPIS, Danno. *Teoria Generale della responsabilità civile*, vol. I-II, Giuffrè Editore. Milano, 1966, pág. 122
- MARTÍN-CASALS, Mikel y Josep SOLÉ FELIU (2003), “El daño moral”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*. Colex, Majadahonda (Madrid), pp. 857-882
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Dykinson, Madrid, 2001

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

- MOREIRO GONZALEZ, CARLOS. *Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2012
- FERRER VICENTE, JOSÉ MARÍA. *La cuestión de los daños morales*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

#### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERNÁNDEZ, ANA. *¿Cómo reclamar por daño moral?* Economist&Jurist N°197. Febrero 2016. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- RODRÍGUEZ CABRERO, JAIME J. *Error médico. Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Economist&Jurist N° 158. Marzo 2012. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

Por último, **los reclamantes tienen la facultad de solicitar que sea el propio juzgador quien determine la cuantía en la que deba ser indemnizada la víctima.** Sujeta esta vía a la total discrecionalidad del juez, sin parámetros que puedan operar como máximos indemnizables, ha sido igualmente avalada por las siguientes resoluciones: STS de 20 de septiembre de 2010; SAP Burgos 218/2010, de 14 de julio; SAP Salamanca 131/2009, de 23 de octubre), al no existir bases objetivas o reglas precisas de cuantificación de este perjuicio no patrimonial.

### CONCEPCIONES JURISPRUDENCIALES

Siguiendo a Domenech Pascual (2015) hay que entender las afirmaciones del Tribunal Supremo de que el daño moral no admite, por definición, una cuantificación según “criterios económicos”, por lo que, **“salvo que concurren otras circunstancias que**

---

**“La jurisprudencia ha establecido la posibilidad de utilizar las reglas del Baremo como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor”**

---

**permitan una evaluación distinta, sólo [cabe] acudir a la prudencia para fijar la indemnización”,** es decir, atender a la *“experiencia del propio Tribunal... sobre el valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida”* (STS, 3ª, Sección 6ª, 5.5.2009, Rec. 10374/2004; ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

Su determinación encierra por tanto un “alto componente subjetivo” (STS, 3ª, Sección 6ª, 29.3.1999, Rec. 8172/1994, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate) y “carece de parámetros o módulos objetivos” (STS, 3ª, Sección 6ª, 26.4.1997 (Rec. 7888/1992, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate); **“Los daños morales escapan por su naturaleza a**



**toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad** (STS, 3ª, Sección 6ª, 28.2.1995, Rec. 1902/1991, ponente: Manuel Goded Miranda).

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, la STS de 3 de diciembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se refiere a su vez a la STS de 12 de marzo de 2010, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual razona: “...En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

La misma sentencia alude a la valoración del daño indemnizable, así refiere a la doctrina fijada por STS de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988, 5 de abril y 1 de diciembre de 1989, las cuáles efectúan una valora-

ción gonal que, a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990, derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues como refiere la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, “se carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo con la Sentencia de 23 de febrero de 1988 “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”. La Sentencia de 19 de julio de 1997, refiere “la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales”. Partiendo de esta doctrina y dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la pérdida de oportunidad, la Sala estima que la cantidad de 30.000 € constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la parte actora”.

## REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

La reclamación de una indemnización por daños morales se integra dentro de la misma reclamación por los daños patrimoniales que pudieran haberse derivado del hecho dañoso, o bien de forma individual si sólo se han producido éstos.

La reclamación puede responder a una acción por responsabilidad contractual o extracontractual, según proceda el daño del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato o por el contrario, de una acción negligente, tipificada o no por el Código Penal.

**El ejercicio de la acción de reclamación puede efectuarse mediante comunicación formal y fehaciente al causante del daño, siendo recomendable efectuarla mediante el envío de burofax, o bien, mediante la interposición de la correspondiente demanda judicial**, dando lugar al inicio de un procedimiento judicial civil o contencioso-administrativo, en aquellos casos en los que el daño derive de la actuación o actuación de una administración pública.

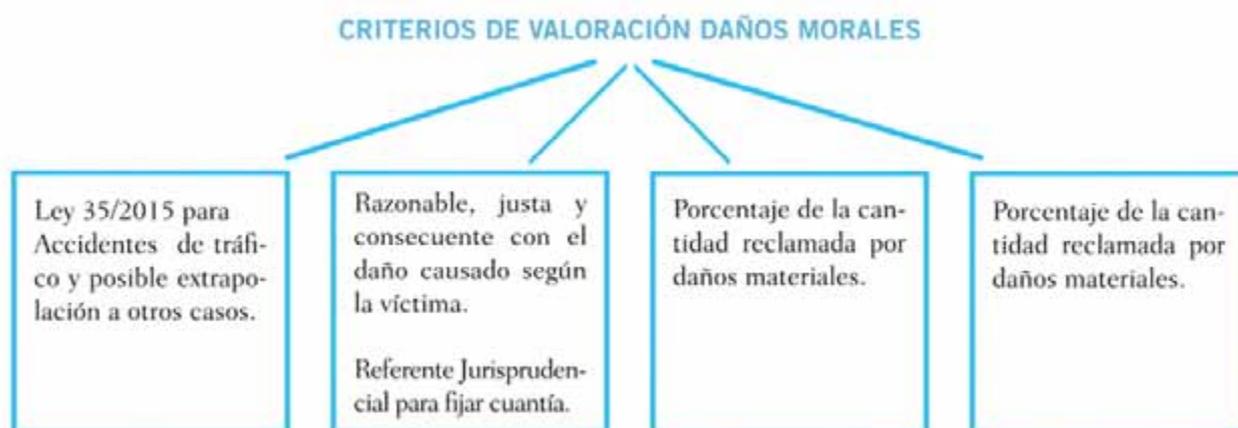
Con la reclamación, tanto extrajudicial como judicial, se pretende del causante el abono de una cantidad de dinero que compense el daño moral causado, una acción u omisión que permita paliar las consecuencias de dicho daño, o incluso un bien o un derecho equivalente a la utilidad o beneficio que ese que mantenía con anterioridad al hecho causante del mismo o que le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de una obligación. ■

## CONCLUSIONES

- A pesar de que el daño moral fue en principio definido como “incuantificable” por su propia naturaleza (STS 12 de mayo de 1990, entre otras), lo cierto es que se han desarrollado jurisprudencialmente criterios sólidos que atendiendo al caso concreto y a las circunstancias en las que el daño se produjo y las consecuencias del mismo, aunque de forma subjetiva, permiten reparar o compensar el sufrimiento causado
- Las dificultades relativas a la propia cuantificación del daño moral puede verse aminoradas por el nuevo sistema para la valoración del daño regulado por Ley 35/2015, como criterio orientador y herramienta útil en aquellos casos en los que el concepto indemnizatorio es fundamentalmente moral, por ejemplo en casos de fallecimiento

## CONCEPTO DAÑOS MORALES

- «Todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial» (DE CUPIS, 1966).
- El daño moral es “el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico” SAP Barcelona, 8 de febrero 2006.



## REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS RECLAMACIÓN

Puede integrarse en una reclamación por daños o puede formularse de forma individualizada.

Vías de reclamación:

- Comunicación formal y fehaciente al causante del daño (recomendable mediante burofax).
- Interposición demanda.

Pretensiones:

- Cantidad de dinero que compense el daño moral causado.
- Acción u omisión para paliar las consecuencias del daño.
- Bien o derecho equivalente a la utilidad o beneficio que ese que mantenía con anterioridad al daño o el que le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de una obligación.

DEMANDA POR DAÑO MORAL DERIVADO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: CONTRATO DE VIAJES COMBINADOS

**AL JUZGADO AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE POR TURNO DE REPARTO  
CORRESPONDA**

DON \_\_\_\_\_, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Don/Dña. \_\_\_\_\_, con domicilio a efectos de notificaciones en \_\_\_\_\_ CP \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, y con DNI \_\_\_\_, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA DE JUICIO VERBAL EN RECLAMACIÓN DE CANTIDAD por importe de \_\_\_\_\_ € contra la MERCANTIL \_\_\_\_\_** (*identificar la denominación social de la agencia de viajes*) en la persona de su representante legal, con oficina abierta en \_\_\_\_\_, (*indicar el domicilio social de la empresa*), **de \_\_\_\_\_, CP \_\_\_\_\_**, fundamentando dicha pretensión en los siguientes.

**HECHOS**

**Primero.-** En fecha \_\_\_\_\_ esta parte formalizó un contrato de Viaje combinado con la mercantil demandada, tal y como se acredita con el documento número uno (*consistentes en programa o folleto informativo que contiene la oferta sobre el viaje combinado, itinerario del viaje, y factura emitida por la agencia de viajes*). Este contrato incluía (i) Viaje aéreo con origen y destino \_\_\_\_\_, (ii) Estancia de \_\_\_\_\_, (iii) Traslados desde y hasta el aeropuerto desde la ciudad \_\_\_\_\_, (iv) Excursión a \_\_\_\_\_.

Según se acredita con la referida documentación, el vuelo de ida tenía prevista su salida el día \_\_\_\_\_ a las \_\_\_\_\_ horas y llegada el día \_\_\_\_\_ a las \_\_\_\_\_ horas.

**Segundo.-** El abono total del viaje se efectuó en fecha \_\_\_\_\_ mediante transferencia bancaria/pago con tarjeta bancaria según se acredita mediante documento número dos.

**Tercero.-** Una vez en el aeropuerto, nos comunicaron que \_\_\_\_\_ (*exponer los hechos*), por lo cual el vuelo salió con retraso, llegando a su destino a las \_\_\_\_\_ horas del día \_\_\_\_\_, provocando dicho retraso la pérdida de los primeros servicios del viaje combinado, como acredita el programa y/o folleto informativo del viaje combinado adjuntado a la demanda.

**Cuarto.-** La cuantía que por medio de esta demanda se reclama, asciende a la cantidad de \_\_\_\_\_ €, según el siguiente desglose:

1.- **Indemnización por retraso aéreo** (Indicar la opción a, b) o c) que corresponda, según la distancia entre el lugar de salida y llegada), conforme al artículo 7 del Reglamento (CE) n° 261/2004, de acuerdo con la siguiente tabla:

a) 250 euros para vuelos de hasta 1 500 kilómetros;

b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros;

c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en a) o b).

2.- **Pérdida de los primeros servicios turísticos** del viaje combinado, valorados prudentemente por esta parte en \_\_\_€.

3.- **Daños y perjuicios morales**, que esta parte valora en otros \_\_\_\_\_ euros ( \_\_\_\_\_€), atendiendo al estado de nerviosismo, frustración e irritabilidad que esta situación provocó y que influyó notoriamente en el desarrollo posterior del viaje.

**Quinto.**- Todos los intentos llevados a cabo por esta parte a fin de llegar a una solución amistosa han resultado infructuosos, motivo por el cual esta parte se ha visto obligada a presentar esta demanda. Se acompañan como documento número tres burofax, carta certificada o fax de fecha \_\_\_\_\_.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.**- La tienen ambas conforme a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La legitimación activa, la ostenta mi mandante, por cuanto acreditado queda con la documental aportada que fue víctima de un incumplimiento contractual, sufriendo a consecuencia del mismo sufrimiento, desazón y pérdidas económicas cuantificadas en la presente demanda.

Legitimada pasivamente, se encuentra la mercantil demandada, de conformidad con el propio contrato.

**II.- REPRESENTACIÓN.**- Mi mandante se encuentra debidamente representado por el que suscribe, en base al artículo 23.1 de dicha Ley, y defendido por Abogado, conforme al artículo 31.1 de la misma.

**III.- JURISDICCIÓN.**- Resulta de aplicación el artículo 117 de la Constitución Española, y el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determinan la jurisdicción ordinaria como la única competente para conocer de los negocios o demandas civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

El artículo 9.2 LOPJ dispone que los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. El artículo 36 de la LEC, dispone la extensión y límites del orden jurisdiccional civil.

Es competente el orden Jurisdiccional Civil, en virtud de la aplicación del artículo 9.1 y 2, en relación al artículo 21, todos ellos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**IV.- COMPETENCIA.**- La competencia territorial del Juzgado al que tengo el honor de dirigirme, al tener el actor la condición de consumidor que se ha adherido a una oferta pública comercial, resultando competente para el conocimiento de la presente demanda el Juzgado de Primera Instancia de esta ciudad al que por reparto corresponda (artículo 68 de la Ley 1/2000). Subsidiariamente resulta de aplicación el artículo 51 LEC, al de tener la demandada establecimiento abierto al público en la sede de este Juzgado.

**V.- PROCEDIMIENTO.**- Se seguirán los trámites del Juicio Ordinario, conforme a lo establecido en el artículo 250.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la cuantía del procedimiento supera la cantidad de 6.000 euros.

**VI. - FONDO DEL ASUNTO.** – La tutela los intereses económicos de los consumidores merecen una especial tutela según el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

El artículo 154.1.j del TRLGDCU, establece que el contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito y contener entre sus cláusulas: “El precio del viaje combinado, desglosando los gastos de gestión, así como una indicación de toda posible revisión del mismo, ajustado a lo previsto en el artículo 157, y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no estén incluidos en el precio del viaje combinado.”

En cuanto a normativa comunitaria, resulta aplicable el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, que entró en vigor el 17 de febrero de 2005, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91.

Por lo cual, en el presente caso deberá concederse la indemnización material mínima, reconocida en el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 261/2004, que en el caso que nos ocupa asciende a la cuantía establecida en el hecho cuarto de la presente demanda, importe que no supera los derechos especiales de giro recogidos en el artículo 22 del Convenio de Montreal.

La responsabilidad será solidaria entre el operador minorista, la compañía aérea, los establecimientos hoteleros, y con la empresa mayorista del viaje, siendo importante destacar que la Exposición de Motivos del TRLGDCU establece como uno de los objetivos del texto armonizar el régimen de responsabilidad civil y establece un único sistema, a través de la regulación prevista en su Libro III, en la que el artículo 132 prevé que tal responsabilidad tendrá el carácter solidario ante los perjudicados, sin perjuicio de la facultad de repetición.

En igual sentido hay que entender la previsión del artículo 133, el cual extiende la solidaridad no sólo al caso de que el daño se haya causado por el uso del bien o servicio, sino también cuando haya intervenido un tercero en la producción de dicho daño, que igualmente responderá solidariamente, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan ser ejercitadas entre los causantes del daño, y a todo lo anterior podemos sumar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 162.1, relativo a la responsabilidad de los organizadores y detallistas.

Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia n° 41/2011, de la Sección 2ª, de fecha uno de febrero, en su fundamento de derecho segundo, cuando establece: “siendo aplicable una legislación de Noviembre del año 2007 (TRLDCYU – RD 1/2007), resulta inaplicable la jurisprudencia invocada del año 2000 y 2002, procede indicar que la dicción del artículo 162.1.2, vigente y aplicable, es indubitada en el sentido de que: “la responsabilidad frente al consumidor será solidaria en cuanto empresarios, sean organizadores y detallistas, concurren conjuntamente el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos...” Así mismo, el artículo 162.2 TRLDCYU establece que: “Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor y usuario como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato”. Y bien entendido que “detallista” es la “persona física o jurídica que organiza el viaje combinado propuesto por el organizador” (art. 151). Asimismo, el régimen de responsabilidad establecido es la “solidaridad” del art. 1144 CCv en relación con el art. 132 y aún cuando haya intervenido un tercero en la producción del daño reclamado (art. 133).”

En lo que respecta al retraso, existirá en aquellos casos en los que finalizado el plazo previsto, el pasajero no hubiera sido transportado a su lugar de destino, siendo inconcebible según apunta lo apreciado en la SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002 que a algún pasajero le sea indiferente el momento en que debe llegar al destino. Tal y como señala la SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2004 se integra necesariamente en el contrato, como condición esencial del mismo, sin que pueda quedar al arbitrio de ninguna de las partes –Art. 1256 CC- (...). El artículo 19 del

Convenio de Montreal dispone que: “El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga” y que se infiere en el Art. 94 de la Ley 48/1960, de Navegación Aérea.

Debe prescindirse de la alusión por la demandada a cualquier cláusula exoneradora o limitativa de la responsabilidad de la compañía por razón del incumplimiento del horario fijado, por su carácter abusivo y por tanto nulo a tenor de lo dispuesto en los artículos 85 y ss TRLGDCU y aceptado de modo unánime en nuestros tribunales (SSAP de Baleares de 18 de febrero de 1998 y 16 de mayo de 2003; SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002; SSAP de Madrid, 15 de enero de 2002, 17 de diciembre de 2004, 15 de septiembre de 2005; SSAP de Asturias de 28 de noviembre de 2001, 24 de diciembre de 2001, 21 de enero de 2002; SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2000; SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2003).

Respecto a la pérdida de los primeros servicios turísticos contratados y abonados, el artículo 12.1 del Reglamento 261/2004 dispone “El presente Reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria” por ello, la pérdida de los primeros servicios turísticos, consecuencia del retraso del primer vuelo, se han valorado prudentemente por esta parte en el hecho cuarto de la demanda. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23 de octubre de 2012, en la que afirma que la obligación compensatoria por el retraso o la cancelación no impide que, si a consecuencia de estos se hayan causado daños individuales, los perjudicados puedan ejercitar, además, las acciones de indemnización individuales de dichos daños.

Resulta evidente que el viaje combinado contratado por esta parte tenía incluido, como elementos del mismo, servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyen una parte significativa del viaje combinado, tal y como consta en el documento número uno de esta demanda y que no pudieron ser disfrutados.

La vinculación para las empresas minoristas de las ofertas emitidas y la posibilidad de los consumidores y usuarios de exigir su cumplimiento ya fue reconocida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1999, en la interpretación de los artículos de la antigua Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Y el actual artículo 61 del TRLGDCU, protege al consumidor cuyas expectativas basadas en la publicidad han quedado defraudadas con independencia de la intencionalidad o negligencia del anunciante, a lo cual podemos añadir lo dispuesto, en el mismo sentido y para el tema particular de los viajes combinados, en el artículo 153 del TRLGDCU, sobre el carácter vinculante del programa oferta.

Debe exigirse a la contraria el cumplimiento del contrato en los términos pactados, también de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1088, 1089, 1090, 1091, 1254 y 1258 Código Civil, en cuanto establecen las disposiciones generales relativas a las obligaciones, y por los cuales deberá condenarse a la parte que no ha cumplido con sus obligaciones contractuales, al cumplimiento forzoso en los términos y por el precio en los que se comprometió a hacerlo.

El defectuoso cumplimiento por la demandada, supuso un perjuicio material que permite a esta parte solicitar la indemnización por la parte no disfrutada de los servicios turísticos contratados y pagados, según lo expuesto en los hechos primero a tercer y cuantificado en el hecho cuarto de este escrito.

Huelga ahondar, conforme consolidada jurisprudencia, en la improcedencia de cualquier alegación exculpatoria basada en averías (SAP de Madrid de 15 de julio de 2007 o SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2003) o conflictos laborales atinentes al ámbito interno de la empresa (SAP de Asturias de 24 de diciembre de 2001 o SAP de Barcelona de 19 de junio de 2002 y en el mismo sentido Tribunal de Apelación de París de 13 de febrero de 1970) o falta de disponibilidad de la aeronave procedente de otro aeropuerto (SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2003) o congestión del tráfico aéreo pues son éstas mismas las responsables conforme a la doctrina del riesgo (SSTS de 20 de diciembre de 1989, 28 de mayo de 1990 o 20 de mayo de 1993) pues no pueden ser consideradas razones de fuerza mayor por no resultar imprevisibles ni inevitables. La sentencia del TJCE Pleno, de fecha 19 de noviembre de 2009, también

establece que las aerolíneas quedarán exentas de la obligación de indemnización siempre que puedan probar que el retraso se debe a circunstancias extraordinarias que escapan al control efectivo de la compañía y que no podrían haberse evitado. Pero en este sentido, el Tribunal recuerda que no podrán considerarse “circunstancias extraordinarias” los problemas técnicos surgidos en el avión a menos que se deriven de acontecimientos que no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad de la compañía.

Por último, la existencia de un daño moral indiscutible e indemnizable es palpable, habiendo sido reconocido en los artículos 128 del TRGDCU y 1.258 del Código Civil, así como en profusa jurisprudencia, que se han sido prudentemente cuantificados en el hecho cuarto de la demanda.

La Audiencia Provincial de Barcelona por su parte, en Sentencia de 8 de febrero de 2006, determina que daño moral “es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]”. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”.

El derecho a reclamar la indemnización por daño moral es independiente a la existencia de un daño patrimonial y responde a tres características esenciales, a saber: (i) no es transmisible a terceros por actos intervivos, si pudiendo transmitirse a los herederos cuando la víctima haya iniciado la acción de reclamación en vida, (ii) su resarcimiento ni pretende el restablecimiento a la situación anterior dadas las propias características del daño causado y (iii) su cuantificación responde a criterios discrecionales del juzgador.

Constituye pacífica doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, aceptar sin reparo la procedencia de los mismos, en especial en los daños sufridos con relación al transporte aéreo, cuya compatibilidad con la indemnización establecida por daños materiales admite de modo indubitado (SSTS de 20 de mayo de 1998 o de 31 de mayo y 11 de octubre de 2000).

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (STS de 22 de mayo de 1995, STS de 19 de octubre de 1996, STS de 27 de septiembre de 1999, entre otras). La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS de 12 de julio de 1999).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 26 noviembre 2001, entendió que el daño sufrido por dos personas por la pérdida de un día de vacaciones, sumado al disgusto, el temor a perder el enlace con otro vuelo, el tránsito acelerado en los aeropuertos, y las reclamaciones extrajudiciales y judiciales, debía valorarse en 1.502,53 €. La misma Audiencia, en Sentencia de 28 noviembre 2001, y para cuatro demandantes valoró el perjuicio en 2.434,09 €.

La sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos nº 41/2011, de 1 de febrero de 2011, tras analizar el incumplimiento del contrato del viaje combinado establece: “Todo ello supone una limitación en las expectativas de un viaje placentero y plenamente satisfactorio, sobre todo cuando el viaje era de recreo y, sobre todo, cuando se contrataba con una agencia cuyo lema es la plena satisfacción del cliente ... Considerando todos estos elementos, considerando los daños materiales probados y considerando la naturaleza de los daños morales concurrentes, procede fijar una indemnización de 450 € por daño moral y de 16,30 € por daños material acreditado”.

**VII. INTERESES.** Han de adicionarse al principal los intereses correspondientes por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.108 CC, 1.101 CC y 1.124 CC, y 576 LEC.

**IX. COSTAS.** Resulta de aplicación el artículo 394 LEC.

En virtud de lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO:** Se tenga por presentado este escrito junto con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, y en mérito al mismo tenga por formulada **DEMANDA DE JUICIO VERBAL EN RECLAMACIÓN DE CANTIDAD** contra la mercantil circunstanciada en su encabezamiento y, previo cumplimiento de los trámites procesales de rigor y recibimiento del pleito a prueba interesado desde este momento, se dicte en su día sentencia por la que, estimando íntegramente ésta demanda, **CONDENE a la mercantil** \_\_\_\_\_ (indicar el nombre de la empresa), **al pago de** \_\_\_\_\_ **euros** más los intereses especificados en el cuerpo de esta demanda y todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada.

Por ser Justicia que pido en \_\_\_\_\_, a 5 de julio de 2016.

Ldo: \_\_\_\_\_

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

# LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA EJECUCIÓN DE HIPOTECAS TITULIZADAS



**Antonio Valmaña Cabanes y Juan Francisco Vázquez Fontalva.**  
Abogados del Departamento procesal mercantil de Ceca Magán Abogados

## SUMARIO

1. Las dudas que genera la titulización
  - a) Concepto y regulación
  - b) Planteamiento del problema
2. ¿Supone la titulización una cesión del crédito hipotecario?
  - a) Casos en que se produce la cesión
  - b) Casos en que no se produce la cesión
  - c) Titularidad de la garantía
3. ¿Quién tiene la legitimación activa para ejecutar la hipoteca?
  - a) Cuestiones generales sobre la legitimación activa
  - b) El caso concreto en la ejecución de créditos titulizados
  - c) La visión de la cuestión en los Juzgados

*El elevado número de ejecuciones hipotecarias que, durante los últimos años, se han puesto en marcha en nuestros tribunales, ha obligado a abordar un número no menos importante de cuestiones procesales. Entre ellas, se debate actualmente la capacidad que tiene el ejecutante (normalmente una entidad bancaria) para promover el proceso si, con carácter previo, ha titulizado el contrato de préstamo al que estaba vinculada la hipoteca.*

## LAS DUDAS QUE PLANTEA LA TITULIZACIÓN

Podemos decir que la historia de la titulización hipotecaria en Espa-

ña va íntimamente relacionada con los ciclos económicos de expansión y recesión que se han vivido en las últimas décadas. Así, las operaciones de titulización comenzaron entre los

años 1986 y 1992, coincidiendo con el *boom* de la construcción de aquel momento, y vivieron un segundo auge durante el siguiente boom inmobiliario, en los primeros años del siglo XXI.

Asimismo, ha sido la crisis vivida después de este segundo ciclo de crecimiento, la sufrida desde el año 2009, la que ha propiciado que se hable tanto actualmente la de titulización, por cuanto se plantea en nuestros tribunales una duda que abordaremos en el presente artículo: quién puede ejecutar una hipoteca cuando, habiéndose titulado el crédito al que servía de garantía, el deudor hipotecario deja de cumplir con sus obligaciones.

### Concepto y regulación

No debe extrañar que la titulización hipotecaria empezará a utilizarse durante un ciclo económico de crecimiento. En una fase como la vivida entre 1986 y 1992 (y repetida, como hemos dicho, en la década siguiente), el deseo de adquirir el activo de moda (inmuebles) provoca el endeudamiento de los compradores que acuden a un crédito bancario que, a su vez, fluye con abundancia y se garantiza con ese mismo activo. Esto acaba provocando el riesgo de que las carteras de préstamos garantizados por ese activo puedan verse deterioradas<sup>1</sup> y, por ello, los bancos deban buscar fórmulas para rebajar el riesgo que esta situación puede implicar en sus balances. Y es ahí donde la titulización aparece como una operación interesante.

## LEGISLACIÓN

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

- Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de titulación hipotecaria (Normas básicas. Marginal: 15926)
- Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo. (Normas básicas. Marginal: 135762). Art. 16
- Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adaptaba la legislación española a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. (Normas básicas. Marginal: 128338)
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. (Normas básicas. Marginal: 24345)
- Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. (Normas básicas. Marginal: 90793). Arts.; 26.1, 26.3, 30, 31
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1.526 a 1.536
- Ley de enjuiciamiento civil. (Normas básicas. Marginal: 12615) Art. 10
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal:1) Art. 24
- Ley Hipotecaria. (Normas básicas. Marginal: 130012) Arts.; 10, 149
- Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario. (Normas básicas. Marginal: 128379). Art. 15
- Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las Sociedades gestoras de fondos de titulización (Normas básicas. Marginal: 69371065)

<sup>1</sup> PÉREZ RAMÍREZ, J.: "Crisis financiera: fallos de control y de vigilancia", en RECALDE CASTELLS, A. et al.: Crisis y reforma del sistema financiero, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pág. 35.

## “Otra forma de instrumentar la titulización es hacerla sin llevar a cabo una cesión del crédito, es decir, manteniendo la entidad bancaria su condición de titular del mismo, al menos parcialmente”

Podemos definirla como **la técnica financiera a través de la cual un conjunto de derechos de crédito más o menos homogéneos, tales como préstamos hipotecarios, se convierten o sirven de soporte para la emisión de títulos susceptibles de negociación, estos, disponibles para su adquisición en los mercados de capitales.** Con ello, por tanto, no sólo se reducen los riesgos del balance, sino que se convierten activos ilíquidos en líquidos, de modo que se pueda generar un nuevo negocio sobre la base de uno ya existente. **La operativa que se sigue es generalmente la siguiente: se constituye un fondo de titulización hipotecaria (FTH), tutelado por una sociedad gestora, en cuyo activo se integrarán los derechos de crédito que le transmita la entidad bancaria.** Derechos que, a su vez, el fondo convertirá en títulos a colocar entre los inversores interesados (y que constituirán el pasivo del fondo).

La primera norma que vino a regular esta práctica fue la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización. Fue rápidamente seguida por otras que fomentaron el desarrollo de la titulización, como el artículo 16 del RD 3/1993, de 26 de febrero, y más

especialmente las Disposiciones Adicionales 1ª y 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adaptaba la legislación española a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. Gracias a estas disposiciones, aparecieron los fondos de titulización de activos (FTA), con un ámbito de aplicación mucho más amplio que el de los FTH, al permitir la titulización de otros créditos, como los derivados de contratos de leasing. En el año 2000 se vivió un punto de inflexión, con el *Programa de Fondos de Titulización de Activos para PYME (FTPYME)*, que tiene su propia normativa (básicamente resoluciones de la Dirección General de Industria) y que presentaba como garantía adicional para los inversores el aval del Estado sobre los bonos de determinados fondos de titulización, siempre que las entidades cedentes de los créditos reinvirtieran al menos un 80% de la liquidez obtenida en la concesión de nuevas financiaciones para pymes. Posteriormente, **la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, creó las titulizaciones sintéticas, con las que se prescindía de la idea de cesión del crédito al fondo, puesto que dicho crédito permanecía en el balance de la entidad bancaria, que trasladaba únicamente el riesgo propio de la operación.** Por último, de entre las muchas normas que se refieren a las titulizaciones (y a las que no

nos referimos de forma exhaustiva), debe destacarse el RD 716/2009, de 24 de abril, que regula determinados aspectos del mercado hipotecario, y que contiene un conjunto de normas que son fundamentales para articular toda esta operativa.

### Planteamiento del problema

La titulización de un conjunto de préstamos hipotecarios puede hacerse de varias **formas**.

- En primer lugar, porque **cabe realizarla mediante tres tipos distintos de títulos-valores negociables: las cédulas** (garantizadas, sin necesidad de inscripción registral, por cualquier hipoteca a favor de la entidad emisora), **los bonos** (garantizados específicamente por las hipotecas afectas a la escritura de emisión) **y las participaciones** (que conceden el derecho a participar, al menos parcialmente, en el negocio generado por unos determinados préstamos hipotecarios)<sup>2</sup>.
- En segundo lugar, **debe destacarse que la titulización puede conllevar o no una cesión de los créditos, en función del modo en que se haya previsto en la propia escritura de constitución del fondo.** Así, puede que la entidad bancaria se reserve la titularidad de los créditos (por ejemplo, haciendo sólo participaciones sobre parte de los mismos) o, por el contrario, puede que efectúe una cesión, con lo cual su titular pasará a ser el propio fondo. Evidentemente, en función de cuál haya sido la concreta operativa seguida —y sin perjuicio de otras partes de la operación a las que nos iremos refiriendo—, podrá variar la identidad del le-

<sup>2</sup> ROCA SASTRE, R./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L./BERNÀ XIRGO, J.: Derecho hipotecario, tomo X, 9ª edic., Bosch, Barcelona, 2009, págs. 108-110.

gitimado para, en su caso, ejecutar la garantía hipotecaria.

### ¿SUPONE LA TITULIZACIÓN UNA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO?

#### Casos en que se produce la cesión

Una primera posibilidad a la hora de instrumentar la titulización es la cesión del crédito, de modo que la entidad bancaria lo transmita al FTH. Así se recoge en muchas de las escrituras de constitución de dichos fondos<sup>3</sup>, en las que se indica que la emisión, por parte de la entidad bancaria, de los certificados de transmisión de hipotecas que se integrarán en el activo del fondo “instrumenta la cesión de los préstamos hipotecarios y las disposiciones hipotecarias”. Por lo tanto, el negocio ju-

## JURISPRUDENCIA

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

- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Gijón de fecha 13 de abril de 2016, núm. 67/2016, Nº Rec. 155/2015, (Marginal: 69939829)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28 de enero de 2015, núm. 21/2015, Nº Rec. 736/2014, (Marginal: 69939824)
- Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 17 de septiembre de 2015, núm. 210/2015, Nº Rec. 247/2015, (Marginal: 69939826)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Fuenlabrada de fecha 6 de marzo de 2015, Nº Rec. 320/2014, (Marginal: 69939827)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2007, núm. 413/2007, Nº Rec. 387/2000, (Marginal: 124330)

rídico operado es claro y sencillo: una transmisión del crédito como las que de forma general prevén los artículos 1.526 a 1.536 del CC.

**El hecho de que se produzca una cesión del crédito implica, como es natural, que la entidad bancaria deje de ser titular del**



<sup>3</sup> Las escrituras de constitución de los fondos están sometidas a publicidad y pueden consultarse en la página web de la CNMV (<http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/BusquedaPorEntidad.aspx>).

## “En el caso de las participaciones hipotecarias, conviene resaltar que el artículo 30.1 del RD concede expresamente a la entidad emisora, junto con los titulares de dichas participaciones, el ejercicio de la acción”

**mismo, pasando a ostentar esta condición el fondo.** Por lo tanto, el deudor de cualquiera de los contratos cedidos ya no lo es de la entidad bancaria, sino que pasa a serlo del FTH cesionario. No es habitual, en el caso de la titulización, que el deudor tenga conocimiento de la operación –como sería exigible para evitar pagos que no fueran liberatorios-, si bien ello carece de trascendencia práctica. Y ello es así porque es **usual que la propia escritura de constitución del fondo incorpore ya un contrato de administración, con el que se encomienda a la entidad bancaria que siga encargándose de la gestión de los préstamos cedidos.** Es decir:

el banco sigue gestionando el cobro del deudor, pero deja de hacerlo en interés propio y pasa a hacerlo en interés –y por encargo- del nuevo titular del crédito, actuando “*como mandatario de la sociedad gestora*”, como recogen las escrituras. Esta operativa es muy natural por varios motivos. En primer lugar, porque el banco se dedica en su actividad ordinaria a este tipo de gestiones. En segundo, porque el mandato es la figura jurídica más adecuada para que el nuevo titular del crédito (mandante) encomiende a quien siempre ha tenido el contacto con el deudor (la entidad mandataria) que siga realizando las tareas de gestión. Y en tercero, porque este modo de pro-

ceder es el que prevé expresamente el artículo 26.3 del RD 716/2009.

Casos en que no se produce la cesión

**Otra forma de instrumentar la titulización es hacerla sin llevar a cabo una cesión del crédito, es decir, manteniendo la entidad bancaria su condición de titular del mismo, al menos parcialmente.** En este caso, el activo del fondo no lo constituyen los derechos de crédito recibidos, sino “*las participaciones hipotecarias*” que el banco ha emitido, como recogen las escrituras cuando se opta por esta modalidad. Por una cuestión meramente semántica, ya debemos considerar participación y cesión como conceptos mutuamente excluyentes: sólo se puede ser partícipe respecto a un negocio ajeno porque, en caso de que el negocio pasara a ser propio (mediante la cesión), la condición de partícipe sería absorbida por la de titular (como cesionario).

Pero más allá de cuestiones semánticas, señala la doctrina<sup>4</sup> que la emisión de participaciones hipotecarias

### BIBLIOGRAFÍA

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

### BIBLIOTECA

- FEDERIC, ADAN DOMÈNECH. *La ejecución hipotecaria*. Ed. JM Bosch Editor. Barcelona. 2009

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- DÍAZ RIBES, SEBASTIÁN. *La hipoteca inmobiliaria como garantía del pago de la deuda tributaria*. Inmueble Nº 131. Mayo 2013 ([www.revistainmueble.es](http://www.revistainmueble.es))
- PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN. *Las cosas claras: dación en pago, hipoteca de responsabilidad limitada, subrogación hipotecaria y la crisis actual*. Precisiones conceptuales. Inmueble Nº 131. Mayo 2013 ([www.revistainmueble.es](http://www.revistainmueble.es))

4 DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: Sistema de Derecho civil, vol. III, 7ª edic., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 467.

no implica un cambio de titularidad del crédito: “la entidad emisora puede hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de la cartera del emitente. Sin embargo, éste conserva la titularidad y el ejercicio del derecho de crédito”. A esta certeza no obsta el hecho de que el RD 716/2009 apunte en su Preámbulo que “mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de parte del crédito hipotecario que se participa” porque, ciertamente, la participación implica esa cesión parcial. Pero ello no supone que la entidad bancaria pierda la titularidad de los créditos, tal y como se apunta en las escrituras de estas operaciones, que son muy claras al expresar que la entidad emisora únicamente “desea hacer participar a terceros de ciertos préstamos hipotecarios de su cartera”, lo cual es congruente con lo previsto en el artículo 26.1 del RD. Nos encontramos en definitiva ante una operación peculiar, de modo que “se trata de una cesión financiera pero no una completa y auténtica cesión jurídica”<sup>5</sup>, puesto que se cede el derecho a participar en un negocio —el préstamo titulizado— pero no se cede el negocio mismo.

### Titularidad de la garantía

La norma fundamental a la hora de determinar quién es el titular de la garantía hipotecaria es el artículo 1.528 del CC, en cuya virtud la cesión de un crédito conlleva, también, la de todo aquello que le resulta accesorio. Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que la titulización haya implicado la cesión del crédito, que son los únicos que precisan un estudio expreso,

---

---

**“Para algunos autores la inscripción es un requisito para el efecto transmisorio y, si no se produce, el cesionario no deviene titular de la garantía, por lo que no podría ejecutarla; para otros, al no ser constitutiva la inscripción el cesionario sí podría promover la ejecución, si bien se debería acreditar después el tracto sucesivo para inscribir la adjudicación o el remate”**

---

---

deberemos interpretar que el FTH ha pasado a ser su titular. De hecho, en alguna escritura se recoge de manera expresa esta realidad: “la cesión de los derechos de crédito comprende, igualmente, la transmisión de cualesquiera garantías reales o personales que se hubieran establecido en garantía del crédito cedido, y derechos de crédito accesorios establecidos en relación con éste”.

En el plano teórico, la cuestión plantea pocas dudas. En un principio, la hipoteca debe seguir siempre al crédito, lo cual se manifiesta de forma especialmente visible en caso de cesión, siendo imposible transmitir el crédito sin transmitir también la hipoteca<sup>6</sup>, salvo que se renuncie a ella, que es al fin y al cabo la posibilidad de pacto en sentido contrario que cabe atribuir al artículo 1.528 del CC, aunque ello conllevaría la extinción de esa hipoteca<sup>7</sup>. Sin embargo, en el plano práctico, la existencia de contratos de admi-

nistración hace que el cambio de titularidad devenga prácticamente ilusorio: aunque el titular haya pasado a ser el FTH, seguirá siendo la entidad bancaria quien ejecute la hipoteca en caso de impago. No lo hará como titular, sino como mandatario del nuevo titular, lo cual puede plantear determinados problemas operativos a los que nos referiremos a continuación. Pero incluso en el caso de las participaciones hipotecarias, conviene resaltar que el artículo 30.1 del RD concede expresamente a la entidad emisora, junto con los titulares de dichas participaciones, el ejercicio de la acción.

### ¿QUIÉN TIENE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJECUTAR LA HIPOTECA?

Las cuestiones comentadas cobran mayor relieve cuando, producido el incumplimiento por parte del deudor, se debe poner en marcha un proceso

<sup>5</sup> NASARRE AZNAR, S.: “Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el mercado hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007)”, en MUÑZ ESPADA, E. et al.: La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 431.

<sup>6</sup> ROCA SASTRE, R./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L./BERNÀ XIRGO, J.: Derecho hipotecario, ob. cit., pág. 69.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1.528”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir): Comentarios al Código Civil, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.828.

de ejecución de la garantía. El hecho de que se haya podido producir una cesión del crédito y, también, el hecho de que la misma haya implicado en su caso la cesión de la garantía hipotecaria obliga a revisar si aquél que promueve la ejecución –generalmente el banco– tiene legitimación activa para ello. Sobre todo porque es una cuestión que muchos ejecutados plantean como causa de oposición.

### Cuestiones generales sobre la legitimación activa

La doctrina se ha decantado tradicionalmente por dos posturas acerca de la legitimación de las partes. Así, existen quienes entienden que debe ser analizada únicamente desde el punto de vista formal, **de modo que se considere legitimados a quienes comparezcan en el proceso y actúen como titulares de la relación jurídica, con independencia de que materialmente lo sean o no:** “*basta con la mera afirmación para que exista legitimación*”<sup>8</sup>. Para otros autores, la legitimación corresponde únicamente a quienes tienen una vinculación clara con el proceso, es decir, a quienes ostentan la denominada legitimación *ad causam*, a pesar de que la redacción del artículo 10 de la LEC (que evita usar el término “*legitimación*”) pueda generar dudas interpretativas<sup>9</sup>. Es decir, abordándolo en sentido contrario, se puede afirmar que “*un sujeto no se encontrará legitimado activamente cuando el mismo no ostente ningún derecho subjetivo o ningún interés legítimo sobre el objeto litigioso de uno proceso determinado [...] o*

*cuando, habiendo ostentado aquéllos, haya transmitido el derecho o interés a un tercero*”<sup>10</sup>.

Esta segunda línea es la mayoritaria, tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de la cuestión, señalando que el artículo 24 de la CE concede a jueces y tribunales un amplio margen interpretativo de las normas procesales sobre legitimación, en orden a garantizar el acceso al proceso, pero sin que esto pueda suponer en modo alguno “*la relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales establecidos por las leyes, sino su interpretación conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”. Optaremos en el presente trabajo por esta postura, de modo que consideraremos legitimado activamente a aquél sujeto que tenga un derecho y, en el caso de la ejecución hipotecaria, un título (entendido en sentido amplio) que le permita actuar.

### El caso concreto en la ejecución de créditos titulizados

No es habitual el análisis de la legitimación activa en un proceso de ejecución, a diferencia de lo que ocurre en uno de declarativo, porque se parte de la premisa de que la legitimación viene determinada por el título ejecutivo<sup>11</sup>. Pero la cuestión que nos ocupa sí obliga a dicho estudio. Al respecto, hay un primer supuesto muy sencillo de analizar. Y es que, **si no se ha producido una cesión del crédito, no hay ningun-**

**na duda: la legitimación activa corresponderá a la entidad bancaria.** Y ello será así por la sencilla razón de que seguirá siendo titular de la garantía. El segundo supuesto es también sencillo sobre el papel: si ha habido cesión del crédito y, ex artículo 1.528 del CC, dicha cesión implicaba también la de la garantía, el legitimado pasará a ser el nuevo titular del crédito, esto es, el fondo. Asimismo, a medio camino entre ambas opciones, cabe recordar que el artículo 30 del RD permite a las entidades ejecutar también la hipoteca en el caso de haber emitido participaciones.

Pero más allá de la claridad teórica, **la cesión puede provocar problemas prácticos, derivados de la no inscripción registral de la hipoteca a favor del nuevo titular del crédito.** Por cuestiones operativas, **cuando se produce la cesión en bloque de multitud de préstamos hipotecarios, no se siguen los trámites que permitirían al FTH figurar registralmente como beneficiario de la garantía, lo cual provoca una intensa discusión doctrinal: para algunos autores la inscripción es un requisito para el efecto transmisor y, si no se produce, el cesionario no deviene titular de la garantía, por lo que no podría ejecutarla; para otros, al no ser constitutiva la inscripción, el cesionario sí podría promover la ejecución, si bien se debería acreditar después el tracto sucesivo para inscribir la adjudicación o el remate**<sup>12</sup>.

8 GARNICA MARTÍN, J.F.: “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. et al. (coords.): Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I, Iurgium, Barcelona, 2000, págs. 152-153.

9 DE ANDRÉS HERRERO, M.A.: “Artículo 10. Condición de parte legítima”, en MARÍN CASTÁN, F. (dir.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 256-258.

10 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): Los procesos civiles, tomo I, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2010, pág. 167.

11 MONTERO AROCA, J.: Ejecución de la hipoteca inmobiliaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 498.

12 Un resumen de ambas posturas, con Jordano Fraga como principal defensor de la primera y con Carbonell Llorens apostando por la segunda, podemos encontrarlo en RIVAS TORRALBA, R.: Aspectos registrales del proceso de ejecución, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2012, págs. 491-492.

Esta última posición ha sido avallada por el Tribunal Supremo, para que el artículo 149 de la LH debe interpretarse bajo una orientación muy clara, tal y como expresa en su Sentencia de 4 de abril de 2007: *“la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito [...] por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios”*. Sin embargo, autorizadas voces doctrinales discrepan de esta línea, señalando que cuando el Juzgado que conozca la

ejecución hipotecaria tenga constancia, por expresarlo así la certificación registral, de que el ejecutante no es quien figura como acreedor hipotecario inscrito, debe denegar el despacho de ejecución, sobre la base de su falta de legitimación activa. Esto sería, a juicio de estos autores, *“una aplicación obvia de que la legitimación la confiere el aparecer en el título en la posición activa, y no debe olvidarse que el título en el proceso de ejecución hipotecaria es la escritura de hipoteca debidamente inscrita”*<sup>13</sup>.

Esta confrontación doctrinal se

explica por la discordancia entre el artículo 1.528 del CC (que anuda la cesión de la hipoteca a la del crédito) y la nueva redacción del 149 de la LH (que exige escritura pública inscrita para entender transmitida la garantía). Consecuencia de ello, puede afirmarse que *“la accesividad de la hipoteca quedaría claramente relativizada; hoy la transmisión del crédito no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca; cabe la posibilidad de que, no habiendo tenido lugar la inscripción, el titular del crédito garantizado y el titular de la hipoteca sean sujetos distintos”*<sup>14</sup>. En

13 MONTERO AROCA, J.: Ejecución de la..., ob. cit., pág. 507.

14 GINEBRA MOLINS, E.: “Artículo 149”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): Comentarios a la Ley Hipotecaria, 2ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 1.309.



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

el caso que nos ocupa, el titular del crédito habría pasado a ser el fondo pero, en cambio, el titular de la hipoteca seguiría siendo el banco. A nuestro juicio, **las dos posturas no están en el fondo tan alejadas, por cuanto el problema no tiene que ver en realidad con la formalización del negocio transmisivo, para lo cual podemos convenir que no es precisa la inscripción registral, sino con la posibilidad de actuar contra terceros –como el deudor hipotecario–, para lo que sí tendría más sentido exigir dicha inscripción, que generaría oponibilidad erga omnes.**

#### La visión de la cuestión en los Juzgados

La problemática en torno a quién dispone de legitimación activa directa en estas situaciones, lejos de haber quedado clarificada por los tribunales, ha dibujado dos líneas claramente definidas y confrontadas. Así, **hay un grupo de resoluciones que consideran la titulación como un mecanismo financiero que no implica la cesión de los créditos hipotecarios.** Entre ellas, la Audiencia Provincial de Madrid (18ª), en su Auto 21/2015, de 28 de enero, concede legitimación activa a un banco, fundando su decisión en los artículos 30 y 31 del RD 716/2009, al considerar que ostenta la condición de emisor de los títulos, y por lo tanto, *“le corresponde instar la ejecución hipotecaria sin perjuicio de los derechos que correspondan a los titulares de los títulos emitidos”*. En idéntico sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz (Sec. Algeciras), en su Auto 45/2015, de 23 de marzo, afirma que *“el titular de la participación no por el hecho de suscribirla pasa a ser el acreedor hipotecario, sino que lo sigue siendo el “cedente”, esto es, la entidad bancaria que “emitió las participaciones que fueron suscritas por un FTA”*. Con mayor ro-

tundidad aún se expresa la Audiencia Provincial de Tarragona (1ª), en su Auto 210/2015, de 17 de septiembre, al entender que la titulación de los créditos hipotecarios entraña, más que un negocio jurídico de cesión o venta, un simple método para recabar financiación en el mercado hipotecario. En concreto, se afirma que, de conformidad con la Ley 2/1981 de 3 de marzo, del Mercado Hipotecario (LMH) y el RD 926/1998, de 14 de mayo, *“no existe venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulación”*, y por ello, el acreedor, que no es otro que la entidad bancaria, *“mantiene la titularidad”* con base en el artículo 26.3 del RD 716/2009, que señala en su párrafo segundo que *“el emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo”*.

**Un segundo grupo de resoluciones sostiene, en cambio, que el crédito se ha transmitido necesariamente si se ha titulado en su totalidad, por lo que la cesión implicaría un cambio en la legitimación activa.** Resulta paradigmático al respecto el Auto de 6 de marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Fuenlabrada, que realiza además un profundo análisis de los elementos en liza, como la naturaleza de las participaciones hipotecarias, mediante las cuales los bancos hacen participar a terceros del producto de las operaciones, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la LMH. Así, el mencionado Auto afirma que lo fundamental para determinar *“la facultad de llevar el proceso o legitimación (art. 10 LEC)”* es precisamente la titularidad del crédito, por lo que la legitimación activa en la ejecución hipotecaria la ostentará el titular del crédito garantizado.

A propósito también de las participaciones, señala que esta modalidad de titulación supone igualmente la cesión del crédito, sobre la base una vez más del artículo 15 de la LMH, según el cual *“la parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo”*. **Respecto a los certificados de transmisión hipotecaria, se remite al Preámbulo del RD 716/2009, que los configura “como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias”**. Señalado lo anterior, se diferencian los supuestos de titulación en que las participaciones comprendan la totalidad del crédito hipotecario de aquéllos en los que lo hagan sólo parcialmente. Así, en el primer caso, se determina que *“la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al partícipe (en este caso, al Fondo) y que la entidad emisora es una cedente sin legitimación”*, salvo que se le conceda una legitimación extraordinaria. Por el contrario, en el segundo, dicha entidad estaría legitimada para llevar a cabo la ejecución, pero sólo por la parte del crédito que no hubiera cedido. Estas mismas tesis las recogen, *mutatis mutandi*, el Juzgado de Primera Instancia N° 6 de Arganda del Rey, en su Auto de 12 de noviembre de 2015, y el N° 5 de Gijón, en su Auto de 13 de abril de 2016. El primero, al señalar con rotundidad que *“la entidad financiera al ceder su crédito a un tercero, dejó de formar parte de la relación contractual”*, lo que determina su pérdida de legitimación activa en la ejecución. El segundo, por su parte, concluye igualmente que la entidad carece de legitimación porque la propia escritura de constitución del FTA determina unívocamente que *“se ceden los activos al Fondo”*, y además, nos hallamos de nuevo ante una *“cesión total del derecho de crédito”*. ■

## CONCLUSIONES

- A la vista de lo expuesto, sobre todo por las discrepancias jurisprudenciales, resulta difícil dar una solución unívoca a la cuestión planteada. Cabe señalar que las entidades bancarias que quieran ejecutar una hipoteca titulizada tienen a su favor las normas contenidas en el RD 716/2009, que expresamente les conceden tal facultad, incluso cuando se hubiera producido la cesión del crédito. Y aunque ello podría chocar frontalmente con ciertas normas civiles (1.528 del CC), el principio de especialidad normativa ampararía esta interpretación que, por otro lado, es la que sostienen la mayoría de las audiencias provinciales. Asimismo, hay que tener en cuenta otros factores, como la coincidencia de muchos juzgadores en señalar que no existe verdadera cesión (en términos civiles) cuando se lleva a cabo una titulización (que sería más bien de cesión financiera), lo cual les lleva a conceder legitimación activa a las entidades emisoras. Una legitimación que se les reconoce también cuando, habiéndose producido la cesión, se las nombra administradoras –bajo la forma del mandato– de los créditos que han cedido, lo cual las faculta también para ejecutar la hipoteca (como también prevé el RD 716/2009). A pesar de ello, alguna resolución judicial entiende que el mandato no es título suficiente para ejecutar una garantía que ha pasado a ser de otro titular, existiendo también muchas voces autorizadas que discuten la capacidad de un reglamento (RD 716/2009, en este caso) para conceder una legitimación extraordinaria bajo unas premisas que, a efectos prácticos, contravienen las de la legitimación ordinaria que se regula en una norma con rango de ley, como es la LEC

# 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 16 - 91 411 35 46 - Fax: 91 563 85 32 - peritos@apajcm.com - www.apajcm.com

# INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ÍNDICES HIPOTECARIOS; IRPH, EURIBOR, CECA E IRS



Miguel Ángel Sánchez-Jáuregui. Abogado

## SUMARIO

1. Índices de referencia hipotecarios
2. ¿Son las cláusulas que introducen los índices Condiciones Generales de la Contratación?
3. ¿Pueden estas cláusulas estar bajo control de abusividad por los Tribunales?
4. La posible manipulación como causas de nulidad del índice IRPH
5. La falta de transparencia como causa de nulidad del índice IRPH

*Cuando nos adentramos en ese farragoso maremagnum de conceptos y cláusulas que aparecen en las escrituras de los préstamos hipotecarios, nos encontramos con una figura que merece un capítulo aparte: se trata de los índices de referencia de los tipos de interés, que merecen un estudio detallado por su variedad, las modificaciones legales habidas en los últimos años y su protagonismo en los litigios judiciales.*

*Dentro de las limitaciones de espacio y tiempo que nos permite este artículo, nos ceñiremos a un breve análisis conceptual de los índices IRPH, EURIBOR, CECA e IRS, para luego detenernos en algunos pronunciamientos judiciales de interés.*

## ÍNDICES DE REFERENCIA HIPOTECARIOS

El IRPH responde a las siglas **Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios**, y en nuestro país se le denominaba oficialmente “**tipo medio de los préstamos**

**hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre**”. Consistía en la obtención de la **media aritmética simple de los tipos de interés medios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años**

**solicitados para la adquisición de vivienda libre**, y el Banco de España publicaba cada mes los diferentes índices mediante una media de las diversas ofertas del mercado hipotecario inscritas por los Bancos y Cajas de Ahorro.

Dentro del IRPH encontrábamos

tres modalidades diferentes: el IRPH de Bancos, el de las Cajas de Ahorro y el IRPH de la totalidad de las Entidades, dependiendo que el índice se obtuviera con datos de cada una de las dos primeras, o de la totalidad de ellas. En la actualidad, y tras la aplicación de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, tan solo subsiste el último de estos índices.

Antes de continuar, señalar que el IRPH ha sido el índice más discutido, no solo por el hecho de ser sensiblemente superior al EURIBOR, sino también porque el modo de obtención del mismo ha dado lugar a infinidad de demandas en reclamación de su nulidad y que posteriormente abordaremos.

El indicador CECA trae su nombre de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), organización fundada en 1928 y que llegó a agrupar a 45 Cajas de Ahorro españolas. Era una entidad de crédito sin ninguna limitación específica que proporcionaba a sus integrantes apoyo como asociación y servicios especializados. Pues bien, el indicador de referencia consistía en el 90 % redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética de los préstamos personales formalizados mensualmente en operaciones a plazo de un

---

## LEGISLACIÓN

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

- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Normas básicas. Marginal: 683161)
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1). Arts.; 1, 2, 3, 4
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Normas básicas. Marginal: 56000). Arts.; 4.2, 8 y 8 bis
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Normas básicas. Marginal: 69941467)
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858). Arts. 2 b) y d), 8, y 13.1
- Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art. 1256

---

**“No cabe hablar del carácter influenciado y manipulable del IRPH Cajas por parte de las entidades prestamistas, ya que solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España o bien mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés”**

---

## JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona de fecha 19 de abril de 2016, Nº Rec. 255/2015, (Marginal: 69941463)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, núm. 222/2015, Nº Rec. 1072/2013, (Marginal: 69536578)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 17 de abril de 2015, núm. 93/2015, Nº Rec. 2073/2015, (Marginal: 69941462)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 139/2015, Nº Rec. 138/2014, (Marginal: 69338459)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2015, núm. 138/2015, Nº Rec. 1765/2013, (Marginal: 69338485)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014, Nº Rec. 1217/2013, (Marginal: 2462607)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011, núm. 75/2011, Nº Rec. 33/2003, (Marginal: 2235169)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de diciembre de 2010, núm. 861/2010, Nº Rec. 1074/2010, (Marginal: 2255860)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2010, núm. 663/2010, Nº Rec. 982/2007, (Marginal: 2247896)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 2010, núm. 401/2010, Nº Rec. 1762/2006, (Marginal: 69720924)

año a menos de tres, y a la media aritmética de los préstamos con garantía hipotecaria formalizados mensualmente por plazo de tres años o más.

El índice CECA, de publicación mensual en el BOE, fue utilizado para calcular el tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, así como para calcular el tipo de interés aplicable al pago aplazado de las cantidades adelantadas a los usuarios a través de tarjetas de crédito. Su valor fue siempre superior al IRPH y al EURIBOR, con

distintas fluctuaciones hasta que desapareció el 1 de Noviembre de 2013 junto con el IRPH de Cajas y Bancos.

**El EURÍBOR (“Euro Interbank Offered Rate”) o tipo europeo de oferta interbancaria, es un índice de referencia que tiene como base el interés promedio del mercado interbancario del euro, es decir, el interés empleado entre las entidades financieras que se prestan dinero entre ellas.** Se aplica en los Bancos de los Estados de la UE que forman parte de la Eurozona y su cálculo se obtiene a partir de los datos de los principales Bancos que

operan en Europa, siendo un tipo de interés de mercado y no el que pudiera fijar el Banco Central Europeo o cualquier otro organismo. En realidad se trata de un conjunto de tipos más que de un tipo aislado, habida cuenta que las entidades financieras usan varios según el plazo al que se prestan dinero. De esta manera, se puede hablar de Euribor a una semana, a un mes o a un año, siendo este último el que se usa normalmente como referencia para las hipotecas.

En España, su valor se actualiza diariamente y se publica en el BOE, siendo el índice más importante del mercado financiero, al ser el Euribor a un año el tipo oficial de referencia más utilizado para préstamos en España desde el año 2000, cuando vino a sustituir al MIBOR a un año. **El motivo de su amplia utilización se basa en el hecho de ser el índice que registra menores fluctuaciones a lo largo del periodo del préstamo, pero no por ello está exento de polémicas, puesto que ya desde hace años se denunció su opacidad, dado que según sus críticos, no existían suficientes elementos para fiscalizar su composición.** Hasta tal punto llegó el conflicto que en 2011 la propia comisión Europea llevó a cabo una investigación en diversas entidades financieras por una posible manipulación del Euribor, imponiéndose en 2013 multas millonarias a seis grandes bancos por la regulación irregular de los tipos de interés interbancarios Euríbor, Líbor y Tíbor.

El IRS (Interest Rate Swap o Permuta de Tipos de Interés) es un índice de referencia oficial del mercado hipotecario que surge con tal carácter con la desaparición de los índices IRPH de Cajas e IRPH de Bancos a raíz de la nueva Orden de Transparencia y Protección del Cliente de Ser-

**vicios Bancarios.** Es un índice que refleja la evolución de los tipos de interés a cinco años y se calcula como una media del mercado de futuros sobre los tipos al citado plazo. Con él se buscaba un índice más estable que el Euribor y que reflejase mejor la evolución de los tipos de interés, si bien, como aquel, se calcularía también diariamente y de hecho ha evolucionado de forma muy pareja, habiéndose mantenido por encima en su cotización, lo que ha traído como consecuencia que no ha podido sustituirle en el mercado hipotecario tal y como se esperaba en un principio.

En definitiva, el panorama de los Índices de referencia hipotecarios desde Noviembre de 2013 es que las Hipotecas ya constituidas anteriormente y referenciadas a Euribor se

---

**“Los estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra los servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”**

---

han mantenido sin cambios, así como las referenciadas al IRPH de entidades, mientras que las vinculadas a IRPH de Bancos y Cajas cambiaron



“El TS ha manifestado que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato”

de índice, bien el que tuvieron establecido en el contrato, bien el que vinieron a negociar con las entidades financieras otorgantes de los préstamos.

Pero la desaparición del IRPH de Cajas y Bancos no supuso en absoluto un obstáculo para la interposición de numerosas reclamaciones sobre la

nulidad de las cláusulas que introducían aquellos índices, habiendo dado lugar a una doctrina Jurisprudencial de indudable interés, cuyos puntos principales analizaremos a continuación, haciendo especial hincapié en algunas de las preguntas fundamentales que pueden surgir en la práctica:

### ¿SON LAS CLÁUSULAS QUE INTRODUCEN LOS ÍNDICES CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN?

Sí. La doctrina del **Tribunal Supremo** establecida en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, ratificada por el Pleno del Alto Tribunal en sus sentencias de 8 de Septiembre de 2014 y 24 y 25 de Marzo de 2015 y 29 de Abril de 2015, señala como **presupuestos para tal calificación la Contractualidad** (se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión), **la Predisposición** (la cláusula ha de estar prerredactada), la imposición (su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes) y **la Generalidad** (las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos), **resultando irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, y que el adherente sea un profesional o un consumidor.**

## BIBLIOGRAFÍA

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

## BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- CANO, JOSÉ IGNACIO. *La equidad en el derecho privado. Derecho y justicia*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2009

## ARTÍCULOS JURÍDICOS

- BERMÚDEZ I PRIETO, JOAN. *Qué índice de referencia utilizar al formalizar una hipoteca*. Inmueble N°160. Marzo 2016. ([www.revistainmueble.es](http://www.revistainmueble.es))
- FERNÁNDEZ DUQUE, JESÚS MIGUEL. *Hipotecas engañosas: conseguir la nulidad es más complicado si el cliente tiene cultura*. Inmueble N°155. Octubre 2015. ([www.revistainmueble.es](http://www.revistainmueble.es))

El hecho de que estas cláusulas se refieran al objeto principal del contrato y puedan considerarse elemento esencial del mismo, no es obstáculo para que puedan ser calificadas como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en aquel.

### ¿PUEDEN ESTAS CLÁUSULAS ESTAR BAJO CONTROL DE ABUSIVIDAD POR LOS TRIBUNALES?

La respuesta es igualmente afirmativa, y enlaza con lo señalado en el párrafo precedente. Se ha discutido largamente sobre si la cláusula que determina el interés se puede considerar como un elemento esencial del contrato o no, y si este hecho

puede determinar la entrada en juego del control de su abusividad por los Tribunales, ya que las entidades financieras alegan que no puede darse tal control por ser los índices oficiales y ser reflejo de normas imperativas y reglamentarias.

A este respecto, especialmente interesante es la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17/04/2015, cuando señala en este punto que en todo caso, **el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad por la normativa española**, como señalan las SSTs de 2 de Marzo de 2011 y 9 de Mayo de 2013. Esta última se apoya en la STJCE de 3 de Junio de 2010 según la cual, “los arts. 2 CE, 3 CE apartado 1 letra g),

y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13, según la cual, **“los estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra los servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”**. Y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE, añadiendo el art.



**MAHOU  
SANMIGUEL**

8 bis, **“a fin de que los estados miembros informen a la Comisión si adoptan disposiciones que hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración”**.

Y en aplicación de tal doctrina, esta Sala en las SSTS 401/2010 de 1 de Julio, 663/2010 de 4 de Noviembre, y 861/2010 de 29 de Diciembre, apuntaron, más o menos “obiter dicta”, la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato”.

#### LA POSIBLE MANIPULACIÓN COMO CAUSAS DE NULIDAD DEL ÍNDICE IRPH

Interesante tratamiento en este punto es el adoptado por la antes mencionada Sentencia de la AP de

Guipúzcoa de 17/04/2015, que resuelve un recurso de apelación sobre la sentencia del Juzgado Mercantil de San Sebastián que había declarado la nulidad del índice IRPH-CAJAS aplicable a un préstamo durante toda la vida del mismo, basándose en que por ostentar carácter de condición general de contratación, y ser los demandantes consumidores que habían concertado el préstamo para la adquisición de vivienda habitual, se entendían vulnerados los arts. 2 b) y d), 8, y 13.1 de la LGDCU, así como el art. 1256 del C. Civil, se apreciaba la posible manipulación del índice por parte de la entidad prestamista, ya que pese a tratarse de un índice oficial, aquella influye en su determinación porque proporciona los datos para su cálculo, que varía en función de que los préstamos concedidos (por las Cajas) se concierten a un interés superior o inferior. Sin embargo, la Sala no comparte dicha conclusión, aduciendo que en el tráfico actual, y

no solo en el mercado financiero, se aplican índices de referencia para fijar precios y prestaciones en productos y contratos, como por ejemplo el I.P.C., que están plenamente aceptados por empresas y consumidores, y dentro del sector financiero, los índices oficiales siguen existiendo en el ámbito de la Comunidad Europea.

En consecuencia, la conclusión es que **no cabe hablar del carácter influenciado y manipulable del IRPH Cajas, puesto que se trata de un índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, y su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España o bien mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés**, lo cual implicaría una conducta delictiva o una práctica contraria a



las normas de competencia respectivamente, lo que según la Sala, amén de ser detectadas, ninguna ventaja podrían acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica. Por lo tanto, la supuesta posibilidad de manipulación contemplada en modo alguno puede sustentar la nulidad de la cláusula controvertida por vulneración del art. 1256 del Código Civil.

### LA FALTA DE TRANSPARENCIA COMO CAUSA DE NULIDAD DEL ÍNDICE IRPH

Finalmente, nos detendremos igualmente en este aspecto, siendo fundamental para ello analizar cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, si el cliente fue informado de su existencia y de sus efectos jurídicos y económicos. A este respecto, manifiesta el TS que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. A lo que hay que añadir que la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

**Esto nos lleva a concluir que debe acreditarse que el cliente sea informado debidamente de las condiciones esenciales del contrato, tal como el capital a prestar, el periodo de amortización para su devolución, y lo más importante, el interés remuneratorio que el cliente tendría que pagar al Banco como contraprestación,** sin que el hecho de que no se le informara del cálculo aritmético que utiliza el Banco de España para obtener el índice de referencia signifique que éste sea nulo por déficit de información.

Ahora bien, cosa distinta es la observada por el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona en reciente sentencia de 19 de Abril de 2016, cuando aborda una cláusula en la que se plantea

que en el supuesto de que dejaran de publicarse los índices de referencia principal y sustitutivo, perduraría la aplicación al crédito del último tipo de interés nominal anual que fuera posible calcular. En este caso el Juzgador considera que dicha cláusula no supera el control de incorporación pues no quedó acreditado que el prestatario fuera informado del riesgo que había si ambos índices se dejaban de aplicar, viéndose de manera sorpresiva cómo un crédito contratado a interés variable se convertía de repente en un crédito a interés fijo durante toda la vida del préstamo, sin haber sido advertido de ello ni conocer las implicaciones económicas y jurídicas derivadas de tal cláusula, lo que determinó su nulidad por falta de transparencia. ■



## CONCLUSIONES

- Hemos de concluir que a pesar de su carácter de índices oficiales, ninguna cláusula que los emplee estará exenta del control judicial y de la declaración de abusividad en caso de que no se contemple la debida transparencia en su tratamiento por las entidades financieras

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL CANON DIGITAL (DE 9 DE JUNIO DE 2016)



**Jordi Bacaria Martrus.** Digital, Tech & Privacy Law. Founder at Global Legal Data

## SUMARIO

1. La regulación jurídica de la compensación equitativa por copia privada o canon digital
2. La cuenta atrás del canon digital
3. El pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*La Directiva 2001/29/CE se opone a este sistema -sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado-, en la medida en que no asegura que el coste de la compensación equitativa sea soportado, en último término, por los usuarios de copias privadas.*

### LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA O CANON DIGITAL

La regulación jurídica de la compensación equitativa por copia privada deriva de la Directiva 2001/29/CE, re-

lativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y nace como un derecho remuneratorio para compensar a los autores, editores y distribuidores por el derecho a la copia

privada, ya que permite a los ciudadanos reproducir una obra protegida por la legislación de propiedad intelectual para su uso privado. El artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE permite que los Estados establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

- Artículo 17. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades

“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

- Artículo 18. Reproducción

“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.<sup>2</sup>

En España, esta excepción al derecho de reproducción se incorporó en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y de modo más explícito en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

## LA CUENTA ATRÁS DEL CANON DIGITAL

La historia reciente de la compensación equitativa por copia privada, conocida actualmente por canon digital, ha sido bastante complicada por no decir desafortunada. Así como se podría afirmar que la historia de los últimos años de los contenidos digitales en España es la historia de la piratería y



## JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 9 de junio de 2016, asunto C-470/2014, (Marginal: 69917728)
- Auto del Tribunal Supremo de fecha 10 de septiembre de 2014, N° Rec. 34/2013, (Marginal: 69941505)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de octubre de 2010, asunto C-467/2008, (Marginal: 69941495)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 22 de marzo de 2011, N° Rec. 704/2008, (Marginal: 2269110)

de la lucha contra la piratería, también se puede constatar que la historia de la aplicación del canon digital durante los últimos diez años es la historia de un conjunto de reveses judiciales.

Antes de entrar a comentar la reciente Sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea, asunto C-470/14, de fecha 9 de junio de 2016, es obligado hacer una referencia a la Sentencia de la AN -Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de marzo de 2011.<sup>3</sup>

En este primer revés judicial, la

<sup>2</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Artículo 5. Excepciones y limitaciones

“2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”;

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Artículo 25 Compensación equitativa por copia privada

“1. La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 31, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas”.

<sup>3</sup> Sentencia de la AN -Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2011.

FALLO: “Declarar la nulidad de pleno Derecho de la Orden PRE/1743/2008, de 18 junio, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, sin que haya lugar a las demás pretensiones de la parte actora”

## LEGISLACIÓN

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

- Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. (Normas básicas. Marginal: 59388)
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (Normas básicas. Marginal: 69726853) .Arts.; 17, 18, 31.2 y 25
- Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.(Normas básicas. Marginal: 79115)
- Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (Normas básicas. Marginal: 355094)
- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. (Normas básicas. Marginal: 499964)
- Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. (Normas básicas. Marginal: 616880)
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. (Normas básicas. Marginal: 69941540). Art. 5
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (Normas básicas. Marginal: 355094)
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Normas Básicas. Marginal: 69726858) Art. 62

**18 junio que aplicaba el pago de la compensación equitativa por copia privada;** esta Sentencia fue ratificada por Sentencia del Tribunal Supremo-Sala Civil de 5 de febrero de 2015. En el caso de la citada Sentencia de la Audiencia Nacional, el fallo de nulidad estaba motivado por la ausencia del dictamen del Consejo de Estado y en la omisión de las preceptivas memorias justificativa y económica de la disposición, que el Tribunal considera que constituyen un vicio de raíz que afecta en su totalidad a la Orden PRE/1743/2008, la cual sufre una dolencia de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992.<sup>4</sup>

Y también es ilustrativo referirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-467/08 (PADAWAN / SGAE), de fecha 21/10/10 que, ante una cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, declara que debe interpretarse que la aplicación de la compensación equitativa por copia privada a los soportes de reproducción adquiridos por empresas y profesionales para fines distintos de la copia privada, no es conforme con el Derecho de la Unión.

### EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-470/14, de fecha 9 de junio de 2016 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por el

Sentencia de la Audiencia Nacional-Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de marzo de 2011, da la razón a la *asociación de internautas* y **falla la nulidad de pleno Derecho de la Orden PRE/1743/2008, de**

<sup>4</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 62. Nulidad de pleno derecho."2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulnere la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Tribunal Supremo de España y declara que: **“La Directiva se opone a este sistema,- compensación equitativa por copia privada sufragada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado- en la medida en que no asegura que el coste de la compensación equitativa sea soportado, en último término, por los usuarios de copias privadas”**.<sup>5</sup>

Aunque el Tribunal interpreta que la Directiva no se opone, en principio, a que los Estados miembros que han decidido introducir la excepción de copia privada, opten por financiarla con cargo a sus Presupuestos

---

---

**“La Directiva se opone a la compensación equitativa por copia privada sufragada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en la medida en que no asegura que el coste de la compensación equitativa sea soportado, en último término, por los usuarios de copias privadas”**

---

---

Generales, determina que el sistema equitativa con cargo a los Presupuestos de financiación de la compensación Generales del Estado no pue-



---

<sup>5</sup> Auto de 10 de septiembre de 2014 del TS-Sala de lo Contencioso-Administrativo:

“Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

A) ¿Es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas? B) Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?”

**“A diferencia de las personas físicas, que están incluidas en el ámbito de aplicación de la excepción de copia privada según los requisitos establecidos en la Directiva 001/29, las personas jurídicas están excluidas en todo caso del derecho a acogerse a esta excepción”**

de garantizar que el coste de dicha compensación sólo sea sufragado, en último término, por los usuarios de copias privadas.<sup>6</sup>

En los fundamentos de derecho de la Sentencia, el Tribunal argumenta:

a) Que, a diferencia de las perso-

nas físicas, que están incluidas en el ámbito de aplicación de la excepción de copia privada según los requisitos establecidos en la Directiva 001/29, **las personas jurídicas están excluidas en todo caso del derecho a acogerse a esta excepción**, de modo que no están facultadas para efectuar co-

pias privadas sin obtener la autorización previa de los titulares de los derechos sobre las obras o prestaciones de que se trate.

b) Que el TJUE ya ha declarado que no es conforme con el artículo 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29, aplicar el canon por copia privada, en particular, en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a dicha copia privada.<sup>7</sup>

c) Que ha de considerarse que la partida presupuestaria destinada al pago de la compensación equitativa se alimenta de la totalidad de los recursos con los que cuentan los Presupues-

## BIBLIOGRAFÍA

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

### BIBLIOTECA

- BUGANZA, CARMENCHU Y GINÉS CASTELLET, NÚRIA. *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2007
- MUÑOZ VIADA, CARLOS. *Transmisión de los derechos de autor. El contrato de edición*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- HERNÁNDEZ, PABLO. *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. *Economist&Jurist* N°186. Diciembre – Enero 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- DEL ARCO, ANA Y LETA, PEDRO I. *Propiedad intelectual y opinión pública. Al límite*. *Economist&Jurist* N° 146. Diciembre – Enero 2011. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

<sup>6</sup> Hay que tener en cuenta que la Sentencia de la Audiencia Nacional no anula el canon digital, que viene establecido por una disposición de rango legal anterior, concretamente la Ley de Propiedad Intelectual, sino la aplicación del pago de la compensación equitativa por copia privada regulado por la citada Orden PRE/1743/2008.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-467/08 (PADAWAN / SGAE), de fecha 21/10/10.

tos Generales del Estado, y, por tanto de las aportaciones de todos los contribuyentes, incluidas las personas jurídicas.

d) Que no se deduce que en España exista mecanismo alguno que permita a las personas jurídicas, que en ningún caso están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, solicitar la exención de la obligación de contribuir a financiar esta compensación,

o, al menos, solicitar la devolución de esta contribución.

e) Que el sistema de financiación de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado miembro de que se trata, no puede garantizar que el coste de dicha compensación sólo sea sufragado, en último término, por los usuarios de copias privadas.

Por tanto, el TJUE procede a res-

ponder a la cuestión prejudicial en los siguientes términos: **“Que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas”.** ■

## CONCLUSIONES

- A partir de este momento, el caso precisará un pronunciamiento del Tribunal Supremo español, que deberá seguir la decisión adoptada por el TJUE; una vez dictada esta sentencia, que probablemente devolverá la situación del canon digital al momento inmediatamente anterior al sistema establecido por la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>8</sup>, el Gobierno, quizá con la vista puesta en Bruselas, debería encontrar la forma de que las personas jurídicas no contribuyan a las cuantías que se dedican al canon en caso de seguir manteniendo su aplicación a través de los presupuestos generales del estado, o en última instancia volver a modificar el régimen de sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada
- Lo que está claro es que deberá plantearse algún nuevo tipo de modificación del régimen del canon digital, del sistema de compensación y de la determinación de su cuantía, y, por tanto, la historia del canon digital continuará

<sup>8</sup> Disposición adicional décima. Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada. 1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley. 2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. 3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado

## CRONOLOGÍA DE LA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA (CANON DIGITAL)

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI)	Modifica los artículos 31.2 y 25 TRLPI, extendiendo el límite a la copia privada digital y establece la compensación equitativa en forma de canon analógico y digital	
---	---	--

<p>Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción</p>	<p>De acuerdo con el apartado 1 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que establece los elementos esenciales de la compensación equitativa por copia privada y la regla 4.ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece una lista abierta de criterios, la Orden establece las cuantías de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada</p>	<p>Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso de 22/03/2011 N° Recurso: 704/2008: declara la nulidad <b>de pleno Derecho</b> de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por carecer en su expediente administrativo de los trámites relativos al dictamen del Consejo de Estado y a las memorias justificativa y económica</p> <p>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-467/08 [PADAWAN / SGAE], de fecha 21/10/10: debe interpretarse que la aplicación de la compensación equitativa por copia privada a los soportes de reproducción adquiridos por empresas y profesionales para fines distintos de la copia privada, no es conforme con el Derecho de la Unión</p>
<p>Disposición adicional 10ª del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público o</p>	<p>Suprime la compensación equitativa por copia privada en los términos regulados en el art. 25 del TRLPI. La compensación equitativa por copia privada pasa a satisfacerse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a partir de 2012</p>	<p>Sentencia del TJUE, asunto C-470/14, de 9 de junio de 2016, sobre el canon digital: declara que la Directiva se opone a este sistema, -compensación equitativa por copia privada sufragada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado- en la medida en que no asegura que el coste de la compensación equitativa sea soportado, en último término, por los usuarios de copias privadas</p>
<p>Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y 2013</p>	<p>Se aprueba una dotación de 5 millones de Euros para sufragar la compensación equitativa por copia privada en los ejercicios 2012 y 2013</p>	
<p>Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado</p>	<p>Regula el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada tomando como base el perjuicio causado y el procedimiento de liquidación y pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.</p>	

# LA TRANQUILIDAD DE ESTAR CON LOS MEJORES



**CIMA** Publicidad

**ESPECIALISTAS  
EN COMUNICACIÓN  
Y MARKETING  
JURÍDICO**

## **Social Media**

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

## **Webs adaptativas**

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

## **Anuncios**

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

## **Networking**

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

# RETRIBUCIONES DEL PERSONAL DIRECTIVO DE LAS EMPRESAS

*CUESTIONES DERIVADAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A TRABAJADORES, ALTOS DIRECTIVOS Y CONSEJEROS. NUEVOS FRENTES ABIERTOS A RAÍZ DE LA REFORMA LEGISLATIVA OPERADA POR LA LEY 31/2014, DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO*



**Manel Hernández Montuenga.** Socio de Sagardoy Abogados.  
Director de la oficina de Barcelona

---

## SUMARIO

1. Análisis del ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores
2. La exclusión de los consejeros mercantiles de su ámbito de aplicación y la excepción del personal de alta dirección
3. Intersecciones entre dichas regulaciones y consecuencias en el ámbito laboral, de seguridad social y tributario
4. Nuevas obligaciones sociales respecto los consejeros delegados y personas a las que se atribuyen funciones ejecutivas

*El correcto encuadramiento jurídico del personal directivo en las empresas ha sido objeto de grandes controversias en nuestro ordenamiento. El Real Decreto Legislativo 2/2015, última versión del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, describe en su artículo 1.1 no sólo su ámbito de aplicación<sup>1</sup>, sino también los elementos característicos de la relación laboral común u ordinaria, de tal forma que el artículo 8.1. del mismo texto establece la presunción legal de existencia de contrato de trabajo ordinario, si se dan dichas características.<sup>2</sup>*

*El mismo artículo 1.3.c excluye del ordenamiento jurídico laboral el “mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”.*

---

<sup>1</sup> 1.1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

<sup>2</sup> 8.1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

Para finalizar el mapa, el artículo 2.1 del citado Estatuto de los Trabajadores, considera como relación laboral de carácter especial la del personal de alta dirección, no incluido en el artículo 1.3.c. y el Real Decreto 1382/1985, contiene la regulación del personal conocido como alta dirección<sup>3</sup>.

Por tanto, la legislación española ha establecido un marco general para los trabajadores de las empresas (el Estatuto de los Trabajadores como régimen común); una excepción- en relación al objeto del presente artículo- (el personal de alta dirección) y una exclusión (los consejeros que realizan actividades inherentes a dicho cargo).

Tal escenario tiene líneas que se entrecruzan, como por ejemplo, en los casos en que un trabajador ordinario desempeña actividades propias de alta dirección, o viceversa, trabajadores con contrato de alta dirección cuyos cometidos no encajan en la definición legal. Para estos casos, la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo tiene establecida una consolidada doctrina que considera que la naturaleza jurídica de los contratos es la que se deriva de su contenido obligacional y ello con independencia de la denominación que les den las partes, debiendo estar a la auténtica realidad de su contenido, manifestada por los actos realizados en su ejecución<sup>4</sup>.

Por tanto, **la determinación del carácter laboral ordinario o de alta dirección** que une a las partes no es algo que queda a la libre dispo-



## LEGISLACIÓN

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

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Normas básicas. Marginal: 6928292). Arts.; 1.1, 1.3.c, 2.1, 8.1, 33, 53.1 y 56.1
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. (Normas básicas. Marginal: 130559) Arts.; 11.1, 11.2 y 262
- Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. (Normas básicas. Marginal: 6924058) Arts. 217.2 y 3, 249.3 y 4
- Ley 18/1991 de 6 de Junio del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas. (Normas básicas. Marginal: 35013). Art. 7.e

sición de éstas, sino que se trata de una calificación que **surge del con-**

**tenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia**

<sup>3</sup> Su artículo 1.2 define como personal de alta dirección “a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.”

<sup>4</sup> Entre muchas otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1983.

**“La teoría del vínculo supone, admitir que la concurrencia en una misma persona de funciones de administrador de la sociedad y las relativas a un contrato de alta dirección, conlleva la absorción de la segunda por la primera, extinguiéndose la laboral, salvo norma o pacto sobre la posible reanudación de ésta última”**

sona de funciones de administrador de la sociedad y las relativas a un contrato de alta dirección, conlleva la absorción de la segunda por la primera, extinguiéndose la laboral, salvo norma o pacto sobre la posible reanudación de ésta última<sup>5</sup>.

Por el contrario, la prevalencia del vínculo mercantil sobre el laboral no se produce como regla general cuando estamos ante un trabajador de régimen común que realiza tareas que se han venido denominando “deliberativas” en el consejo, como contraposición a las “ejecutivas” propias del personal de un consejero delegado o un alto directivo.

La correcta calificación jurídica del personal directivo tiene importantes consecuencias en el orden retributivo, de seguridad social, e indemnizatorio.

Así, las retribuciones que viene percibiendo un trabajador ordinario derivan del convenio colectivo de aplicación más las mejoras que puedan haber incorporado las partes vía contrato de trabajo<sup>6</sup> (artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores). Dicha retribución sirve de base para calcular las prestaciones en caso de desempleo,<sup>7</sup> y del Fondo de Garantía Salarial (en este último caso, en el supuesto de insolvencia empresarial<sup>8</sup>).

Las indemnizaciones derivadas de una extinción por causas objetivas son equivalentes en este supuesto a 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades<sup>9</sup> y en caso de despido improcedente, la ley actualmente dispone una indemnización de 33 días

## JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2014, Nº Rec. 3316/2012, (Marginal: 2450698)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 22 de enero de 2014, núm. 27/2014, Nº Rec. 630/2013, (Marginal: 2455508)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2009, Nº Rec. 349/2008, (Marginal: 1236704)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 26 de junio de 2014, núm. 232/2014, Nº Rec. 282/2014, (Marginal: 69329855)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 6 de noviembre de 2007, núm. 3299/2007, Nº Rec. 3184/2006, (Marginal: 369409)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2005, núm. 249/2005, Nº Rec. 4351/1998, (Marginal: 222639)

### de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual.

El cruce de líneas descrito se complica en el momento en que concurren en una persona un cargo mercantil y

un contrato laboral, ya sea ordinario o de alta dirección. En este sentido, la Sala IV ha desarrollado la denominada **teoría del vínculo**, que **supone, como regla general, admitir que la concurrencia en una misma per-**

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2014, recurso 3316/2012, que contiene una completa cita de la doctrina sobre la teoría del vínculo.

<sup>6</sup> Artículo 3.1. del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>7</sup> Artículo 262 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>8</sup> Artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>9</sup> Artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores.

por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades<sup>10</sup>. Dichas indemnizaciones están exentas de tributación hasta el importe correspondiente al despido improcedente, con un importe máximo de 180.000 euros<sup>11</sup>.

En el caso de un alto directivo cuyo régimen jurídico deriva de lo dispuesto en el Real Decreto 1382/1985, las retribuciones e indemnizaciones serán las que acuerden las partes en el contrato, estableciéndose en caso de no existir acuerdo concreto una indemnización por desistimiento equivalente a 7 días de salario en metálico con el límite de 6 mensualidades<sup>12</sup>. Para el supuesto de

---

## “El desarrollo del cargo del Consejero Delegado conlleva la imposibilidad de percibir prestaciones por desempleo o del Fondo de Garantía Salarial, por la inexistencia de vínculo de naturaleza jurídico-laboral”

---

despido por incumplimiento declarado improcedente, a falta de acuerdo, la indemnización será de 20 días de salario en metálico por año de servicio, hasta un máximo de 12 mensualidades<sup>13</sup>.

El alto directivo también tiene derecho a las prestaciones por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial en los mismos términos que un trabajador ordinario. Las indemnizaciones que perciba por



<sup>10</sup> Artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores. Téngase en cuenta también la disposición transitoria undécima del mismo texto legal.

<sup>11</sup> Artículo 7.e de la ley 35/2006, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>12</sup> Artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985.

<sup>13</sup> Artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985.

---

---

**“El ascenso de trabajadores ordinarios al órgano de administración pero sin funciones ejecutivas, limitándose las mismas a las conocidas como “deliberativas”, manteniendo la relación laboral y las funciones que venía desarrollando en la organización, genera la existencia de un doble vínculo mercantil y laboral.”**

---

---

la extinción de su contrato de trabajo tributan en su totalidad, debido a que es potestad de las partes fijar su cuantía en el contrato y no se establecen importes obligatorios.

En cuanto al régimen jurídico de los administradores sociales en materia retributiva, ha sufrido importantes

modificaciones a raíz de la promulgación de la ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

Uno de los objetivos de dicha norma es mejorar la gestión y la transparencia de los órganos de gobierno sociales, con la finalidad de poder determinar eficaz-

mente la responsabilidad dentro de cada organización<sup>14</sup>.

Persiguiendo dichas metas, se establece en el nuevo artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital, que el nombramiento como Consejero Delegado o la atribución de funciones ejecutivas por cualquier título deben estar soportadas en un contrato a suscribir entre éste y la sociedad, aprobado previamente por el Consejo de administración y con la abstención del consejero afectado.

Dicho contrato debe contener, en virtud del apartado 4 del citado artículo, detalle de todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo en su caso la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones, así como las cantidades a percibir en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. Se prohíbe expresamente la per-

---

---

## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOTECA

- CERON, MARIO. *La retribución de directivos*. Ed. LID
- ALZAGA RUIZ, ICIAR. *Retribución de Directivos y crisis económica*. Ed. CIVITAS

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

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- *La retribución de administradores y directivos y aplicación de reducciones por transmisión de la empresa familiar*. Fiscal-Laboral al Día Nº 203. Marzo 2012. ([www.fiscalaldia.es](http://www.fiscalaldia.es))
- MARIO SOLER, FREIXAS. *Nuevas formas de retribución de directivos*. Fiscal-Laboral al Día Nº 23. Mayo 2000. ([www.fiscalaldia.es](http://www.fiscalaldia.es))
- SAN JOSÉ GRAS, LUIS. *Falsos autónomos: ¿Dónde está el límite con la relación laboral?* Economist&Jurist Nº 198. Marzo 2016 ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- GARCÍA VÁZQUEZ, DAVID. *Retribución salarial de los socios de sociedades mercantiles*. Fiscal-Laboral al Día Nº 241. Diciembre-Enero 2015. ([www.fiscalaldia.es](http://www.fiscalaldia.es))

---

<sup>14</sup> Apartado 1 del Preámbulo de la ley 31/2014.

cepción de cantidades no previstas en dicho contrato.

**El desarrollo del cargo del Consejero Delegado** (o de funciones ejecutivas) **conlleva la imposibilidad de percibir prestaciones por desempleo o del Fondo de Garantía Salarial, por la inexistencia de vínculo de naturaleza jurídico-laboral.** Las cantidades que puedan percibir como indemnización por su cese están sujetas a tributación.

Una de las cuestiones que está generando mayores polémicas desde la entrada en vigor de la ley 31/2014 es la situación de los trabajadores ordinarios que se incorporan al Consejo. Si su ascenso se produce al cargo de Consejero Delegado o con función ejecutiva equivalente, parece haber pocas dudas que se les aplicará en toda su extensión el régimen previsto en el artículo 249 apartados 3 y 4.

En estos casos se produce un cambio sustancial en el vínculo que une al ex trabajador con la empresa, dejando de ser laboral y pasando a constituirse como mercantil, generándose no pocos temores frente a una decisión que comporta la pérdida de derechos del orden laboral, tales como la necesidad de que cualquier decisión extintiva tenga un soporte causal, de la que se deriva una indemnización tasada (con exenciones tributarias) y unas presta-

ciones por desempleo. Obviamente, dicho cambio de régimen sólo puede ser voluntario y ha de ser la empresa la que incentive esa nueva asunción de responsabilidad.

Mayores dudas ha presentado otra situación que se está generando, y es **el ascenso de trabajadores ordinarios al órgano de administración pero sin funciones ejecutivas, limitándose las mismas a las conocidas como “deliberativas”, manteniendo la relación laboral y las funciones que venía desarrollando en la organización.**

En este escenario, a falta de jurisprudencia del orden social, no parece descabellado seguir entendiendo posible, siguiendo la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, **la existencia de un doble vínculo mercantil y laboral con la organización, al no desarrollar funciones ejecutivas para el órgano de gobierno y seguir desarrollando los mismos cometidos que justificaban hasta este momento la existencia de relación laboral**<sup>15</sup>.

De momento los pronunciamientos interpretativos están produciéndose por la vía de Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado relativa a las inscripciones de escrituras sociales que contemplan los sistemas de retribución de los administra-

dores sociales y consultas vinculantes formuladas a la Dirección General de Tributos.

De ellos **cabe destacar la consideración como gasto deducible de las remuneraciones de un administrador**<sup>16</sup>, **o las diferencias entre las retribuciones de los administradores como tales, prevista en el artículo 217.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital, respecto de las relativas a los consejeros ejecutivos por sus funciones específicas, contempladas en el artículo 249.3 y 4 de la citada norma**<sup>17</sup>.

Dichos pronunciamientos, a pesar de ayudar a perfilar determinados matices de la relación, no resuelven el debate de fondo, que en definitiva, es el elemento de incertidumbre que nos transmiten las personas que son promocionadas a dichos cargos.

Habrà que ver en un futuro próximo cómo se pronuncia la administración y los tribunales de justicia, por ejemplo, cuando un consejero “no ejecutivo” con contrato laboral ordinario solicite prestaciones de desempleo, o cuando tribute con motivo de la extinción de su contrato. Sólo a partir de dicho momento se verán las consecuencias de encuadrar correctamente al personal directivo. ■

## CONCLUSIONES

- El debate sobre el correcto encuadramiento normativo de las personas que desarrollan funciones ejecutivas en las organizaciones sigue abierto. La normativa mercantil no sigue un camino paralelo a la regulación laboral y las zonas de intersección entre ambas dejan espacios que muy posiblemente nuestros tribunales de justicia, especialmente los del orden social, deberán completar

<sup>15</sup> En dicho sentido se pronuncia en su fundamentación jurídica, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2009.

<sup>16</sup> Dirección General de Tributos, Consulta V1613 de fecha 26/05/2015.

<sup>17</sup> Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de fecha 30/06/2015.

# RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR CAÍDA EN LA CINTA MECÁNICA DE UN CENTRO COMERCIAL

[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: Demanda de juicio ordinario en reclamación

vigilante de seguridad del centro comercial.

### Objetivo. Cuestión planteada

El cliente es Doña María y su objetivo es conseguir la reparación de los daños sufridos por el accidente, por parte del centro comercial, a través de la reclamación de una cantidad evaluable económicamente.

### La estrategia. Solución propuesta

La estrategia que lleva a cabo el abogado es tratar de mostrar un nexo causal entre las lesiones sufridas por doña María tras su caída en la cinta mecánica y la conducta del centro comercial. Para ello, aporta documentos acreditativos de la existencia de la lesión en la persona de María, así como del lugar de los hechos.

## EL CASO

### Supuesto de hecho

Rivas Vaciamadrid (Madrid), 19-02-2013

Doña María entró al centro comercial X de Rivas Vaciamadrid, se dispuso

a bajar por la cinta mecánica cuando al apoyar el pie en la misma resbaló porque ésta se encontraba mojada y bajó todo el recorrido tumbada, ya que no se podía incorporar, llegando hasta el final de la cinta produciéndose como consecuencia lesiones en el tobillo izquierdo siendo avistada una vez llegada al final de la cinta por un

## EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

**Orden Jurisdiccional:** Civil

**Juzgado de inicio del procedimiento:** Juzgado de primera instancia nº 5 de Arganda del Rey.

**Tipo de procedimiento:** Juicio ordinario.

**Fecha de inicio del procedimiento:** 29-01-2014

## Partes

### • Parte demandante:

Doña María.

### • Parte demandada:

Centro comercial X.

## Peticiones realizadas

### • La parte demandante solicita:

Que se repare económicamente el daño sufrido en el centro comercial X mediante una indemnización que asciende a 8.559,20€.

La condena en costas a la parte demandada.

### • La parte demandada, en escrito de Contestación a la Demanda solicitó:

La no admisión de la Demanda puesto que considera que carece de responsabilidad por los hechos acaecidos.

Se opone a la cuantía solicitada, recalcando que en caso de que resultara responsable, la cuantía debería ser de 6.019,88€.

La no imposición de intereses al carecer de responsabilidad por los hechos.

La condena en costas a la parte demandante.

## Argumentos

### • La parte demandante, en su Demanda, fundamenta sus peticiones con base en los siguientes argumentos:

Demostró mediante informes médicos la lesión sufrida tras la caída en la cinta mecánica.

Sostiene que se reclamó previamente al centro comercial X para que cubriera la indemnización por las lesiones sufridas sin obtener respuesta por su parte.

Que a pesar de que era un día lluvioso y había consciencia acerca de la

peligrosidad de la cinta mecánica, no la clausuraron.

### • La parte demandada, en escrito de Contestación a la Demanda fundamentó sus argumentos en que:

La parte demandante aportó fotos de la cinta mecánica donde se puede apreciar la existencia de carteles advirtiendo del peligro de resbalamiento por encontrarse mojada.

Niega su responsabilidad por la caída alegando que se trata de un caso fortuito.

Que la cinta mecánica se encuentra en perfecto estado de conservación, mantenimiento y funcionamiento.

Reconoce la realidad de las lesiones producidas en doña María.

Que existe un error en la cuantía de la indemnización.

## Normas y artículos relacionados

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario. Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 1903. , Artículo 1902. Código Civil.

## Documentación

### La parte demandante, en su demanda, aportó los siguientes documentos:

Partes de asistencia médica de Cruz Roja Española, de urgencias del hospital, asistencias y parte de alta en rehabilitación.

Copia de la reclamación previa al centro comercial X para que cubriera la indemnización.

La parte demandada, en su contestación, aportó los siguientes documentos:

- Ficha de accidente realizada por la gerencia del centro comercial.
- Informe pericial de la cinta mecánica.
- Informe pericial médico de las lesiones de doña María.

## Prueba

- La parte demandante propuso:

Se propuso en audiencia previa de juicio ordinario:

Prueba documental.

Oficio a la policía local para que identifiquen a los agentes que se encontraban el día del suceso.

Que se identifique al vigilante de seguridad.

Proposición de un testigo (el perito que realizó el informe pericial de la cinta).

- La parte demandada propuso:

Prueba documental.

Proposición de testigo (el perito que realizó el informe pericial de la cinta).

Proposición como testigo al perito que realizó el informe médico.

## Resolución Judicial

**Fecha de la resolución judicial:** 14-01-2015

**Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:** El juzgado de primera instancia nº 5 de Arganda del Rey dictó Sentencia en cuyo fallo desestima íntegramente la Demanda interpuesta por doña María absolviendo de toda responsabilidad al centro comercial X y condenando en costas a doña María.

### Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

La resolución se apoya en lo dispuesto sobre la responsabilidad civil extracontractual. En relación con ello hace referencia a lo sostenido por la doctrina, la cual exige una serie de requisitos tales como una acción u omisión contraria al mandato general de actuación, la necesidad de existencia de nexo causal entre la lesión y la conducta negligente, etc... y considera que no puede quedar aquello desvirtuado por la aplicación de los artículos 1902 y 103 CC.

Sostiene que la mera creación de un riesgo no es suficiente para atribuir responsabilidad, sino que es necesario que concurra una falta de diligencia que no se da en este caso, puesto que se confirma por parte del perito que realiza el informe pericial de la cinta mecánica que la misma cumplía con la normativa vigente, así como también, el centro comercial X advirtió del riesgo de resbalamiento por ser un día lluvioso según el testimonio del vigilante de seguridad que acudió como testigo.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO

Tribunal Supremo, núm. 831/2007, de

17-07-2007. **Casos Reales Jurisprudencia. Marginal: 1372317**

Audiencia Provincial de Soria, núm. 88/2001, de 09-06-2001. **Casos Reales Jurisprudencia. Marginal: 214338**

Tribunal Supremo, núm. 1243/2007, de 04-12-2007. **Casos Reales Jurisprudencia. Marginal: 171243**

Documentos disponibles en: **www.casosreales.es** Nº de caso: **8345**

## DOCUMENTOS JURÍDICOS DE ESTE CASO

1. Demanda
2. Contestación
3. Sentencia

## Formularios jurídicos relacionados con este caso

Escrito de demanda ejercitando la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual.

## BIBLIOTECA

Disponible en: **www.casoreale.es** Nº de caso: **8345**

### • Libros

- La prueba en el proceso civil
- El Peritaje en el Proceso Civil

### • Artículos jurídicos

Las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual: modelos (enero/febrero 1998).

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE.....**

**AL JUZGADO**

D.....Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D....., mayor de edad, con D.N.I....., vecina de....., con domicilio en....., según acredito mediante copia de la Escritura de Poder General para pleitos que se acompaña al presente escrito como DOCUMENTO NÚMERO UNO, y bajo la Dirección técnica del Letrado D..... Del Ilustre Colegio de....., ante el juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que por medio del presente escrito vengo a formular **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN** \_\_\_\_\_ **en ejercicio de acción de responsabilidad civil extracontractual**, contra la mercantil denominada.....en la persona de su representante legal, con domicilio en..... basando la está en los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Que entorno a las 13:30h del 19 de febrero de 2013, cuando mi representada entro al Centro Comercial.....por la puerta que de acceso desde la calle.....para bajar a la planta baja a través de la cinta mecánica allí instalada, en el momento de poner su pie en dicha instalación, resbaló como consecuencia de que se encontraba mojada y, cayendo sobre la misma y no pudiéndose incorporar recorrió tumbada todo el desarrollo de la cinta hasta llegar a su final en la planta baja, produciéndose en este momento las lesiones en el tobillo izquierdo que en adelante se describirán. En dicho lugar y no siendo capaz de ponerse en pie fue asistida por dos agentes de la Policía Local de..... que se encontraban casualmente en el lugar, concurriendo un vigilante de seguridad del propio Centro. Por los agentes de policía local se dio aviso a una Ambulancia para que mi mandante fuera atendida en el lugar debido a las circunstancias antedichas.

Se aporta **DOCUMENTO FOTOGRÁFICO**.

**SEGUNDO.-** A las 13:49 horas se personaban en el lugar miembros de Cruz Roja Española para asistir a mi mandante, quienes una vez atendida y estabilizada, trasladan a D.....al Hospital..... donde se le diagnostica una fractura transindesmal del maléolo peroneo sin desplazar de su tobillo izquierdo. Se le administra tratamiento médico además de la aplicación de férula posterior y reposo, acudiendo a distintas revisiones los días 27 de febrero, 8 de marzo, 5 de abril, 10 de mayo, recibiendo el alta por rehabilitación el 4 de septiembre de 2013. Se acredita lo anterior mediante copias de los partes de asistencia de.....,....., asistencias y parte de alta en rehabilitación que como **DOCUMENTOS NÚMEROS DOS A NUEVE**, respectivamente se acompañan a la presente, señalándose los archivos de....., así como del .....a efectos de prueba.

**TERCERO.-** Las lesiones sufridas por mi patrocinado han necesitado de **CIENTO NOVENTA Y CINCO DÍAS** de baja para su curación y restablecimiento, de los cuales, noventa y un días han sido improductivos y cincuenta y dos no improductivos estando sometida a sesiones de rehabilitación. Se prueba este extremo mediante los documentos mencionados en el hecho anterior.

**CUARTO.-** Reclamación previa a la mercantil.

Que se reclamó a la mercantil demandada para que cubriera indemnización por las lesiones sufridas sin que se haya obtenido contestación alguna, lo que nos ha llevado a interponer esta demanda. Se acredita mediante copia de la misma que se adjunta como **DOCUMENTO N° 10**

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Corresponde el conocimiento de este pleito a la jurisdicción de los Tribunales españoles de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo competente el Juzgado de Primera Instancia al que nos dirigimos, de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### II.- CAPACIDAD DE LAS PARTES

Las partes están capacitadas y tienen representación necesaria para entablar la presente relación jurídico-procesal conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes de la LEC.

### III. LEGITIMACIÓN

De conformidad con el artículo 10 de la LEC las partes están legitimadas activa y pasivamente para intervenir en este pleito.

### IV.- REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

De conformidad con los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso en este caso la intervención de Procurador habilitado y de Abogado en ejercicio, dado que la cuantía del proceso es superior a novecientos un Euros con cincuenta y dos céntimos (901,52-Euros).

### V.-PROCEDIMIENTO

El procedimiento aplicable es el ordinario dado que se reclama el abono de una cuantía que excede de seis mil Euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### VI.-CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Se reclama la cantidad de **SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (6.929,52€)**, desglosados: Por 91 días de baja impeditiva: 5.299,84€ / Por 104 días de baja no impeditiva: 3.259,36€ / **TOTAL: 8.559,20€**. La indemnización se ha cuantificado según la tabla de indemnizaciones actualizada de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de los seguros privados. **Criterios de indemnización que son orientativos y aplicados** según establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2008.

### VII.- FONDO DEL ASUNTO

En el presente procedimiento se ejercita la acción de reclamación de daños y perjuicios ocasionados de conformidad con los artículos 1.093 y 1.092 del Código Civil, en virtud del cual se obliga al que por acción y omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, a reparar el daño causado. Los artículos mencionados son aplicables en este caso, dado que siendo un día lluvioso, y teniendo conciencia de que la cinta deslizante es peligrosa con zapatos húmedos, no la clausuraron ni siquiera de forma temporal. Es de aplicación la Doctrina jurisprudencial que exige como requisitos o presupuestos de toda obligación de un acto ilícito los siguientes: una acción u omisión ilícita, la realidad

o constatación del daño causado, la culpabilidad y un nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el daño causado.

En cuanto al primero de los requisitos mencionados, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1998 establece la presunción iuris tantum que “la responsabilidad extracontractual o aquiliana sancionada en uno de los más emblemáticos preceptos del Código Civil, como es el artículo 1.902, después de numerosos avatares siempre tendentes a su objetivación, según doctrina jurisprudencial constante y pacífica de esta Sala, no consiste o supone la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos, esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarles, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de este se presume “iuris tantum”. El hecho de que posteriormente a las reclamaciones se haya puesto un cartel, supone la existencia de un riesgo conocido o que hubiera debido de prever. El segundo requisito que sostiene la jurisprudencia relativa a “la realidad o constatación del daño causado” queda probado mediante los documentos que se aportan junto con esta demanda **COMO NÚMEROS DOS A NUEVE**, ambos incluidos. La culpabilidad, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2002, “en ciertos casos se deriva del aserto”, en el que nos ocupa se deriva directamente ya que no concurre culpa de la víctima; en primero ligar porque realiza un uso según natura de la cinta mecánica y en segundo lugar porque no existía ninguna indicación del mal estado en el que se encuentra la misma, y aun existiendo, debiera haberse inhabilitado el paso por ese lugar. El último de los presupuestos que exige la pacífica jurisprudencia del Alto Tribunal es la relación de causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño causado. No cabe duda que la lesión se produce por la pérdida de equilibrio provocado por el estado resbaladizo de la cinta y la posterior caída al suelo provocó la fractura de tobillo. Es una relación de causalidad adecuada entendida como consecuencia natural entre el defecto y acto inicial, y la lesión sufrida. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6-2-99).

### VIII.- COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

Las costas se impondrán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la demandada.

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que teniendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos que al mismo que acompañan, se digne admitirlo y en base a las manifestaciones que en el cuerpo del mismo se contienen, tenga por interpuesta **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (8.559,20€), en ejercicio de acción de responsabilidad civil extracontractual, contra la mercantil denominada CENTRO COMERCIAL** ..... En la persona de su representante legal y, previos los trámites legales oportunos y recibimiento del pleito a prueba, se dicte en su día Sentencia condenado a la Demandada al abono de la suma reclamada, así como al pago de las Costas.

Por ser de hacer Justicia que pido en.....a...de.....de.....

**OTROSI DIGO**, Que si esta parte hubiera cometido un defecto en la realización o presentación de este escrito manifestamos nuestra voluntad de que se acuerde su subsanación de conformidad con el artículo 231 de la vigente Ley de enjuiciamiento Civil.

**SUPLICO AL JUZGADO**, tenga por hecha la anterior manifestación.

Principal y otrosí que son de hacer Justicia que reitero.

# LA CONDENA EN COSTAS A LAS ACUSACIONES POPULARES



**Manuel Gómez Hernández y Miguel Ángel Morillas de la Torre.**  
Abogados de Medina Cuadros

## SUMARIO

1. La acusación popular
2. La condena en costas
3. Imposición de las costas de la acusación popular
4. Imposición de las costas a la acusación popular

*La institución de la acusación popular es de origen inglés, se instaura en nuestro ordenamiento en el año 1872 con la finalidad de democratizar el Derecho Penal. Posteriormente se incluye en la Constitución Española de 1978, quedando plasmado expresamente en el artículo 125, y, de forma indirecta, en el artículo 24, relativo al derecho de la tutela judicial efectiva.*

*El artículo 125 de la Constitución Española establece que cualquier ciudadano puede ejercer la acción popular en los procedimientos penales reconociéndose en nuestro sistema procesal, art. 101 LECrim, el carácter público de la acción penal, dando origen a la existencia de la acusación popular.*

El acusador popular, es aquella persona o colectivo de personas que, sin ser directamente ofendida o perjudicada por un delito, excluyéndose obviamente los delitos privados, ejerce la acción penal contra el investi-

gado en el ejercicio de su derecho a participar en la Administración de Justicia. Diferenciándose del acusador particular que actúa dentro del procedimiento penal como ofendido o perjudicado, basando su legitima-

ción en el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1</sup>.

La regulación de **la condena en costas en los procedimientos penales** la encontramos en el Título XI

<sup>1</sup> El TC entiende que la intervención de la acusación popular en el proceso penal también está incluida en el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 64/1999)

de la LECrim, artículos, 239 y siguientes estableciéndose que en las resoluciones que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales, existiendo tres posibilidades:

- a) que se declaren las costas de oficio;
- b) que se condene a su pago a los procesados, indicando la forma proporcional de su abono si fueran varios y
- c) condenar a su pago al querellante particular o actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad y mala fe.

Antes de analizar la posibilidad de la condena en costas por el ejercicio de la acción popular, debemos ver si, en los supuestos de condena en costas a los procesados, los acusadores populares pueden cobrar las costas del procedimiento.

En orden a la inclusión de la condena en costas de la acusación popular, **el criterio general de la Sala Segunda es la no imposición de las mismas al condenado en la causa al entenderse que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento**, por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condena-

## LEGISLACIÓN

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

- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1) Arts.; 24, 125
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Normas básicas. Marginal: 69726867). Art. 101, 239, y ss.240.3, 280
- Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.(Normas básicas. Marginal: 98045)

do. (SSTS de 2 de junio de 2016 y 2 de diciembre de 2009 entre otras muchas).

Sin embargo, como todo criterio general, éste tiene **sus excepciones**

**principalmente en los asuntos de intereses difusos** (SSTS de 17 de noviembre de 2005, 26 de febrero de 2007, 24 de abril de 2007, 30 de junio de 2008 etc) **siendo beneficiarios de la condena en costas aquellas**

**“Cuando los daños producidos recaen sobre bienes colectivos que causan perjuicios transpersonales que interesan directamente a sujetos colectivos integrantes, se pueden imponer el pago de las costas procesales de la acusación popular a los condenados a favor de estas asociaciones que han contribuido activamente al esclarecimiento del proceso”**

“Sí está contemplado por la jurisprudencia la posibilidad de condenar en costas al acusador popular, excepcionalmente y siempre y cuando se den los requisitos de temeridad o mala fe”

JURISPRUDENCIA

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

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2016, núm. 476/2016, N° Rec. 1288/2015, (Marginal: 69883476)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 2009, núm. 1185/2009, N° Rec. 722/2009, (Marginal: 1130358)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2009, núm. 903/2009, N° Rec. 1982/2008, (Marginal: 69939754)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2008, núm. 413/2008, N° Rec. 10934/2007, (Marginal: 186042)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2007, núm. 381/2007, N° Rec. 1076/2006, (Marginal: 69939750)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2007, núm. 149/2007, N° Rec. 11281/2006, (Marginal: 69939749)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de junio de 2006, núm. 682/2006, N° Rec. 1709/2005, (Marginal: 69939753)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2005, núm. 1318/2005, N° Rec. 435/2004, (Marginal: 69939748)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 1999 núm. 64/1999, N° Rec. 39/1994, (Marginal: 54513)

**acusaciones populares que hagan uso de la acción popular acorde con sus fines constitucionales y “contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación**

*prudencial expresa que en cada caso deberá hacer el tribunal de quien dependa la decisión”.*

En estos casos **cuando los daños producidos recaen sobre bienes**

**colectivos que causan perjuicios transpersonales ya que interesan directamente a sujetos colectivos integrantes, al menos representativamente, de asociaciones abiertas, que pueden afectar incluso a todos los ciudadanos, como ocurre en los delitos sobre medio ambiente, se pueden imponer el pago de las costas procesales de la acusación popular a los condenados a favor de estas asociaciones que han contribuido activamente al esclarecimiento del proceso.**

En el caso contrario, la condena en costas a la acusación popular, vemos que en el artículo 240.3 LECrim se ordena la condena en costas del querellante particular o actor civil cuando resultara de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe. Ciertamente no hace una remisión expresa a la acusación popular pero la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>3</sup> ha venido empleando este artículo analógicamente a las acusaciones populares, si bien sugiere que la aplicación de la misma sea excepcional<sup>4</sup>.

Aunque no es menos cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo 5143/2009 sostiene que: “*el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho*”.

Por lo tanto, para evitar la interposición de querellas infundadas o la imputación injustificada de hechos delictivos, por no hablar del uso abusivo e interesado que en ocasiones se ha hecho de la acusación popular, la misma tiene una serie de imposiciones pecuniarias como son la prestación de

<sup>2</sup> STS de 17 de noviembre de 2005

<sup>3</sup> STS de 25 de junio de 2006

<sup>4</sup> STS de 2 de junio de 2016

la fianza (Art. 280 LECrim), el pago de la tasa correspondiente para recurrir<sup>5</sup>, (siendo éste el único depósito en la jurisdicción penal) y la condena en costas en caso de temeridad y mala fe, a las que se aplicaría la fianza.

Como vemos aunque no esté recogido literalmente por nuestra legislación procesal penal, **sí está contemplado por la jurisprudencia la posibilidad de condenar en costas al acusador popular, excepcionalmente y siempre y cuando se den los requisitos de temeridad o mala fe**, conceptos estos utilizados con asiduidad por los operadores jurídicos de los cuales sin embargo no tenemos una definición clara de los mismos, quedando al arbitrio del Juzgador.

La jurisprudencia de la Sala Segunda tiene también declarado sobre esa última cuestión (STS de 7 de julio de 2009) 842/2009, que, **ante la ausencia de una definición auténtica**

---

---

**“Para determinar la existencia de temeridad en la acción popular utilizaremos como baremo la petición del Ministerio Público, y así, en aquellos supuestos que la acusación particular supere ampliamente a la petición del Fiscal se podría considerar que ha existido mala fe”**

---

---

de lo que haya de entenderse por temeridad o mala fe, *“ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al Tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria. Para ello se tendrá en cuenta la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos*

*términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo las excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho, siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio*



<sup>5</sup> Disposición Adicional Décimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009

**Fiscal, por el carácter imparcial de la institución.”**

Por lo tanto, **para determinar la existencia de temeridad en la acción popular utilizaremos como baremo la petición del Ministerio Público, y así, en aquellos supuestos que la acusación particular supere ampliamente a la petición del Fiscal se podría considerar que ha existido mala fe.**

Asimismo, **esta temeridad o mala fe puede aparecer en cualquier momento de la causa sin que sea preciso que se aprecien desde el comienzo de la misma**<sup>6</sup>, siendo también un parámetro objetivable para determinar la condena en costas de la acusación popular el mantenimiento de la acusación frente al querellado cuando tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han dejado de mantener la acusación.

Una vez dicho lo anterior el Tribunal Supremo opina que no parece razonable aplicar con excesivo rigor el concepto de temeridad y mala fe procesal, de modo que pueda llegar a desalentar el ejercicio de la acción popular en supuestos en que su intervención pudiera acabar beneficiando el interés general, por lo que la condena en costas a las acusaciones populares será excepcional. ■

## BIBLIOGRAFÍA

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

### BIBLIOTECA

- ARGILA, LUIS. *Sabelotodo Derecho Penal*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014
- ROCA AGAPITO, LUIS. *El sistema de sanciones en el derecho penal español*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2007

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- BIERGE GILI, FRANCESC Y PRATS VILALLONGA, ANTONI. *Consideraciones legales sobre el delito de acusación y denuncia falsa*. *Economist&Jurist* N°183. Septiembre 2014. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- GIMÉNEZ, CARMEN. *La inclusión de las tasas judiciales en la tasación de costas*. *Economist&Jurist* N° 178. Marzo 2014. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

## CONCLUSIONES

- Recapitulando, la condena en costas en los supuestos que exista acusación popular, ya sea acreedora de las mismas ya sea condenada al pago, se dará únicamente en casos excepcionales
- Así no procede con carácter general la imposición de las costas de la acusación popular al condenado en la causa, exceptuando aquellos supuestos donde se vean implicados delitos que afectan a la protección de los valores de la colectividad, son los denominados “*intereses colectivos o difusos*” donde sí podrán ser acreedores de las costas
- Y, por otro lado, el criterio general para la imposición de costas a la acusación popular es su exclusión con el fin de que el temor a las mismas impida el ejercicio del derecho a la participación de la Administración de Justicia y el carácter público de la acción penal, exceptuando aquellos casos donde se aprecie por el juzgador que la acción penal se ejerza con notoria mala fe y evidente temeridad implicando la condena en costas

<sup>6</sup> SSTs de 18 de febrero, 17 de mayo, 5 de julio, 19 de junio de 2004 y de 25 de enero de 2006

Origen: Juzgado de Instrucción n° \_\_\_\_\_

Diligencias Previas/Procedimiento Abreviado n° \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

Procedimiento Abreviado N° \_\_ / \_\_\_\_\_

**EJECUTORIA PENAL 63/2015 A**

**A LA SECCIÓN \_\_\_\_\_ DE LA EXCMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE \_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_ Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil "\_\_\_\_\_." tal y como tengo debidamente acreditado en el procedimiento referenciado al margen, ante LA SALA comparezco y, como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que por medio del presente escrito, y al amparo de lo dispuesto por los arts. 123 CP, 240.3 y ss. de la LE-Crim, vengo a solicitar que se proceda por el Sr. Secretario a practicar la **TASACIÓN DE LAS COSTAS** procesales causadas por la tramitación del presente procedimiento, para lo cual pasamos a efectuar las siguientes manifestaciones.

**ÚNICA.- Tasación de las Costas.**

Que mediante Auto con fecha \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ se declaró la firmeza de la Sentencia de esta Excma. Audiencia con fecha \_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

En el Fallo de la referida Sentencia se estableció respecto a la condena en costas de la "ASOCIACIÓN \_\_\_\_\_" lo siguiente:

" \_\_\_\_\_ "

Por ello, solicitamos que se proceda por el Sr. Secretario a la tasación de costas procesales causadas en el presente procedimiento.

A tal fin, se acompaña como **documento n° 1** minuta de Honorarios del Letrado que suscribe y como **documentos n° 2** relación de derechos y suplidos del Procurador interviniente en la causa.

En su virtud,

**SUPLICO A LA SALA** que, habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por aportados los documentos que al mismo se acompañan y, tras los trámites oportunos, se sirva acordar que por el Sr. Secretario se practique la **TASACIÓN DE COSTAS** originadas en el presente procedimiento.

Es Justicia que respetuosamente solicitamos en \_\_\_\_\_, a \_\_ de \_\_ de 20\_\_.

Fdo:

Fdo:

Don \_\_\_\_\_

Don \_\_\_\_\_.

# AGILIDAD PROCESAL Y NUEVOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN



**Jose María Paret.** Socio de Penal de Cuatrecasas  
**Alessandra di Cesare.** Abogada de Penal de Cuatrecasas

---

## SUMARIO

1. El plazo instrucción ordinario de seis meses y sus excepciones
2. La problemática del cómputo los plazos y sus interrupciones
3. Las consecuencias jurídicas y efectos del transcurso del plazo legal de duración de la instrucción
  - a) Efectos en cuanto a la evolución del proceso
  - b) Efectos sobre las concretas diligencias

*Si bien nadie o casi nadie discute la necesidad imperiosa de adecuar la duración de los procesos penales a unos plazos razonables acordes con los tiempos que vivimos, en los cuales la velocidad a la que todo discurre hace inconcebible que una persona pueda tardar diez o quince años en ser juzgada desde la fecha de comisión de un presunto delito, son muchas las voces que se alzan con la concreta solución ofrecida por el legislador para tratar de poner fin a esa situación insostenible.*

*Así, desde determinadas posiciones políticas se ha objetado que la nueva regulación contenida en el artículo 324 de la LECrim sobre plazos de instrucción, unida a la infradotación de medios materiales y humanos de la Administración de justicia, va a favorecer la impunidad con una incidencia especial en los grandes delitos patrimoniales y la defraudación, la corrupción y criminalidad organizada. Varias asociaciones de jueces y fiscales pidieron la suspensión de su entrada en vigor y se han criticado muchos aspectos de la reforma, tanto desde la vertiente teórica como práctica. Y desde la abogacía se ha llamado a la participación y al diálogo entre todos los operadores jurídicos y se ve con cierto escepticismo y preocupación la aplicación efectiva de la norma y los problemas interpretativos que se van a suscitar.*

*Los antecedentes inmediatos de la reforma legal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, hay que buscarlos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, elaborado durante la época*

en que fue Ministro de Justicia D. Francisco Caamaño, y en la propuesta de Código Procesal Penal presentada el 25 de febrero de 2013 por la Comisión Institucional constituida por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, cuando ocupaba el cargo de Ministro de Justicia D. Alberto Ruiz-Gallardón.

Ambos textos buscaban reforzar las garantías procesales y fijar un límite temporal a la instrucción de las causas penales, si bien lo hacían desde un modelo procesal muy común en otros países de nuestro entorno en el que la función de investigación se atribuye al Ministerio Fiscal.

De ahí que el propio preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, comience con una referencia a la propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional de marzo de 2012. Y de ahí también que la nueva regulación procesal, sin llegar a incorporar en toda su dimensión el modelo de investigación acusatorio en el que el Fiscal es el encargado de la investigación, refuerza considerablemente su protagonismo en esta materia y le atribuye la función expresa de impulsar la declaración de complejidad la instrucción.

Con este artículo nos proponemos sintetizar el contenido esencial del nuevo régimen procesal destinado a agilizar la justicia penal y a fijar un límite temporal de las diligencias de instrucción y analizar algunos de los problemas interpretativos que se van a plantear, sin más pretensiones que ofrecer una opinión legal más sobre una materia que sin duda va a ser objeto de controversia en los próximos meses y años.

## EL PLAZO INSTRUCCIÓN ORDINARIO DE SEIS MESES Y SUS EXCEPCIONES

Tras la entrada en vigor del nuevo artículo 324 de la LECrim, **la instrucción de los procedimientos penales que se tramitan como diligencias previas y como sumario ordinario, se rige por un sistema de plazos** que, según indica el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, pretenden ser “*plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales*”.

El apartado primero del mencionado artículo establece un plazo ordinario de duración de la instrucción de 6 meses que, pese a sustituir la anacrónica e inútil referencia al plazo de un mes contenida en la anterior artículo 324, no puede calificarse



### LEGISLACIÓN

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

- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. (Normas básicas. Marginal: 6928028)
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Normas básicas. Marginal: 69726867). Art. 17,123.4 324, 481.3, 627, 637, 641, 746, 780, 779

en absoluto como un límite temporal “realista”, pues la experiencia demuestra que su exlimitación suele ser habitual y generalizada a causa de factores diversos cuyo examen ahora no viene al caso.

Ante tal escenario, el legislador permite ampliar el plazo de la instrucción hasta un total de 18 meses siempre que se trate de una causa compleja, supuesto que únicamente podrá materializarse:

**“El Juez de instrucción puede acordar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, siempre que: existan razones que lo justifiquen; así lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas; y se dé traslado de dicha solicitud a las demás parte para que, en un plazo no definido, puedan formular las correspondientes alegaciones”**

I. Desde la incoación de las diligencias previas o sumario, cuando concurra ab initio al menos una de las circunstancias previstas en las letras a) a g) del artículo 324.2 de la LECrim.

II. Durante la fase de instrucción, cuando, con carácter sobrevenido, se manifieste alguna de las referidas circunstancias u otras por las que no fuera posible completar razonablemente la instrucción en el

plazo ordinario de 6 meses previsto al efecto, en cuyo caso la prórroga hasta los 18 meses no será adicional al plazo en cuestión, sino que deberá computarse incluyendo el período de la instrucción ya transcurrido.

A este respecto, especifica el apartado segundo del artículo 324 de la LECrim que la investigación se considerará compleja, ya sea desde el comienzo de la fase de instrucción

como durante su tramitación, cuando: “a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales, b) tenga por objeto numerosos hechos punibles, c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas, d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis, e) implique la realización de actuaciones en el extranjero, f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o g) se trate de delitos de terrorismo”.

Sin perjuicio de las dudas interpretativas a las que puede dar lugar el carácter indeterminado de algunas de las mencionadas circunstancias, resulta evidente que **el legislador ha optado por un sistema de numerus clausus que exige una interpretación restrictiva a la hora de acordar la ampliación o prórroga del plazo, sin que sean admisibles por tanto interpretaciones extensivas y/o analógicas.**

Esto no obstante, no cabe desconocer que el artículo 324.1 párrafo

## BIBLIOGRAFÍA

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

## BIBLIOTECA

- ARGILA, LUIS. *Sabelotodo Derecho Penal*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- COBO DEL ROSAL, MANUEL. *Defensas forenses de Derecho Penal, procesal penal y constitucional*. Madrid. Ed. CESEJ (Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas), S.A. 2004

## ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CABELLO PERRY, JOSÉ ÁNGEL. *¿Qué debe hacer un abogado que quiere dilatar un proceso penal? La conducta procesal del justiciable*. *Economist&Jurist* N°189. Abril 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- YÁÑEZ VELASCO, RICARDO. *Asistencia letrada e idiomática del detenido en atención a la última reforma procesal*. *Economist&Jurist* N° 192. Julio - Agosto 2015. ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

segundo de la LECrim permite declarar la instrucción compleja por la simple concurrencia de “*circunstancias sobrevenidas a la investigación*” que impidan que ésta no se pueda completar razonablemente en el plazo estipulado, por lo que el carácter abstracto de dicha fórmula legal implica el riesgo de que la misma se convierta en una válvula de escape que desemboque en una ampliación generalizada de los plazos de instrucción.

En otro orden de ideas, cabe destacar que de la literalidad del precepto se desprende que únicamente **el Ministerio Fiscal estaría legitimado para solicitar tanto la declaración de la complejidad de la causa así como sus eventuales prórrogas, estableciendo dos condiciones: (i) que dicha petición se formule antes de la expi-**

**ración del plazo ordinario o, en caso de tratarse de una prórroga, tres días antes de su terminación; y (ii) que se dé traslado de la misma a las partes a fin de que, en un plazo cuya fijación se deja a la discreción de la autori-**

**dad judicial,** puedan manifestar lo que consideren conveniente al respecto.

Evidentemente, dicha solución no puede considerarse idónea a las exigencias de nuestro sistema judicial,

---

**“La Fiscalía General del Estado ha matizado que las diligencias acordadas fuera de plazo no deben asimilarse en su tratamiento a la prueba ilícita y que, por consiguiente, tales diligencias mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas”**

---



## “El legislador permite ampliar el plazo de la instrucción hasta un total de 18 meses siempre que se trate de una causa compleja”

donde la investigación de posibles delitos sigue atribuyéndose a los Jueces de Instrucción, admitiéndose incluso la posibilidad de que el Ministerio Fiscal ni siquiera intervenga en la misma, como es el caso de procedimientos incoados por la comisión de delitos privados. Por tanto, no está justificado que el órgano instructor no pueda actuar de oficio ni que las partes no tengan la posibilidad de instar, en los mismos términos que el Ministerio Público, la complejidad de la causa o su eventual prórroga, más teniendo en cuenta que dicha facultad sí se contempla expresamente en el apartado 4 del artículo 324 de la LECrim, en relación con la fijación de un plazo máximo de la instrucción más allá de 6 y 18 meses.

En este sentido, el mencionado apartado introduce una ulterior excepción a la duración de los plazos de instrucción, admitiendo expresamente la posibilidad de que, una vez transcurrido el plazo fijado, ya sea el ordinario o el específico para causas complejas, así como sus eventuales prórrogas, **el Juez de instrucción pueda acordar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, siempre que: (i) existan razones que lo justifiquen; (ii) así lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas; y (iii) se dé traslado de dicha solicitud a las demás parte para que, en un plazo no definido, puedan formular las correspondientes alegaciones.**

Llama la atención la introducción de esta excepción, pues si bien es cierto que demuestra una más que justificada preocupación del legislador por garantizar la adopción de plazos realistas que se adecuen a cada investigación, es censurable sin embargo que dicho objetivo se pretenda alcanzar sin proporcionar ninguna pauta sobre los motivos que con carácter excepcional puedan determinar la aplicación del artículo 324.4 de la LECrim y sin establecer límite alguno a la discrecionalidad del Juez para tomar dicha decisión.

Finalmente, si se tiene en cuenta que **el apartado quinto del artículo 324 de la LECrim impide interesar diligencias de investigación complementarias en caso de no haberse solicitado un nuevo plazo máximo en los términos descritos**, no resulta difícil prever que la fijación del plazo en cuestión podría prestarse a aplicaciones de la norma en supuestos en los que no esté justificado, lo que podría atentar contra el derecho del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas, pues de facto éste nunca podrá saber con exactitud durante cuánto tiempo podrá ser sometido a una investigación judicial, mientras exista la posibilidad de que el órgano judicial resuelva conforme a lo dispuesto en el artículo 324.4 de la LECrim.

En definitiva y para concluir este apartado, mucho nos tememos que si la situación de la justicia no cambia de forma inesperada, lo cual a fecha

de hoy no parece imaginable a corto ni medio plazo, la regla general del plazo ordinario de instrucción de seis meses se va a convertir en la excepción, lo cual de entrada no debería sorprender a nadie porque quienes participamos de una u otra forma en la loable tarea de administrar Justicia sabemos que este tipo de paradojas son hartó frecuentes en la praxis.

### LA PROBLEMÁTICA DEL CÓMPUTO LOS PLAZOS Y SUS INTERRUPCIONES

Una de las cuestiones de mayor trascendencia práctica es la relativa al cómputo de los plazos de duración de la instrucción, lo que abarca tanto el inicio del cómputo como la problemática de sus interrupciones.

Como norma general, el artículo 324.1 de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como días a quo para el cómputo de dichos plazos la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas**. No obstante, como señala la **Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado, la aplicación de la citada regulación puede resultar especialmente compleja en supuestos en los que pueden concurrir varios autos de incoación, como es el caso, entre otros, de acumulaciones de causas por conexidad y de inhibiciones por falta de competencia**.

Ante la ausencia de soluciones legales y jurisprudenciales al respecto, el criterio adoptado por la Fiscalía General del Estado representa actualmente el único parámetro interpretativo del que se dispone. En este sentido, en la mencionada Circular se proponen dos soluciones a estas cuestiones, las cuales, según se indica en el referido texto, deberían

responder a la voluntad de agilizar la tramitación de los procedimientos penales y fortalecer las garantías procesales de los investigados.

En cuanto a la acumulación de causas conforme a los nuevos supuestos de conexidad delictiva contemplados en el artículo 17 de la LECrim, la Circular de la Fiscalía General del Estado opta por fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo de instrucción en la fecha del auto de incoación de las diligencias más recientes. Por lo **que se refiere a los supuestos de inhibición por falta de competencia, se establece que la fecha relevante a tales efectos será la del primer auto de incoación que se dicte, especificando sin embargo que el Ministerio Fiscal que informará de la cuestión de competencia**

**aprovechará dicho trámite para solicitar además la declaración de la complejidad de la causa, petición que, a nuestro aviso, difícilmente puede tener cabida en los supuestos contemplados en los apartados primero y segundo del artículo 324 de la LECrim, por las razones anteriormente expuestas.**

Numerosas lagunas normativas afectan igualmente al régimen de interrupción del cómputo de los plazos de instrucción que se contempla en el artículo 324.3 de la LECrim, conforme al cual se establece que los mismos quedarán interrumpidos “a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa”, sin concretar ni si es necesario que

la declaración de secreto sea expresa, ni si la resolución acordando el sobreseimiento provisional debe ser firme, según se señala en la Circular 5/2015.

A estos efectos, la Fiscalía General del Estado ha optado por una discutible interpretación extensiva de tales supuestos, declarando que, además de las labores de traducción de las actuaciones previstas en el artículo 123.4 de la LECrim, podrán tener análogos efectos interruptivos aún sin estar expresamente contempladas en la ley, las actuaciones de mala fe o temerarias del investigado que vayan dirigidas a agotar el plazo de instrucción, así como cualquier circunstancia que “*produzca una genuina paralización del procedimiento*”, con los consiguientes riesgos y errores interpretativos a los que



puede dar lugar una definición tan difusa.

### LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y EFECTOS DEL TRANSCURSO DEL PLAZO LEGAL DE DURACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

La cuestión de los efectos del transcurso de los plazos legales de instrucción, como suele ocurrir muchas veces en materias controvertidas que guardan una especial relación con el respeto de garantías procesales, no se aborda en la Ley 41/2015 con la suficiente claridad ni profundidad.

Da la sensación de que el legislador, quizás para anticiparse a las críticas de que la reforma podía favorecer la impunidad en algunos casos especialmente clamorosos, no ha sabido o no ha querido ser lo suficientemente explícito, con lo cual ha hecho un flaco favor a la seguridad jurídica y tampoco ha conseguido evitar la reprobación que se ha hecho desde algunos sectores de que se estaba buscando salvar a los corruptos y propiciar la impunidad.

En cualquier caso, **a nadie se le escapa que la determinación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los plazos es un aspecto fundamental de la reforma y, como tal, exigía una respuesta completa y precisa.**

Para abordar dicha problemática de forma sintética y efectos didácticos, cabe distinguir entre los efectos del transcurso del plazo máximo de instrucción que se proyectan sobre la culminación y dirección del proceso y los efectos que se derivan sobre las concretas diligencias ya acordadas antes de finalizar el plazo o las que eventualmente se pudieran acordar.

### Efectos en cuanto a la evolución del proceso

Las **consecuencias procesales del transcurso de los plazos de instrucción o sus prórrogas** en lo que se refiere a la dirección y acomodación procedimental sí se regulan con claridad en el artículo 324.6 de la LECrim:

1. **El instructor dictará auto de conclusión del sumario en el procedimiento ordinario y, en el caso del procedimiento abreviado, se emitirá la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECrim.** Es decir, obviando las excepciones en que se deba seguir la tramitación del procedimiento por delitos leves o corresponda la inhibición a favor del órgano competente de la jurisdicción militar, el juez deberá acordar el sobreseimiento que corresponda o abrir la fase intermedia del proceso partiendo del soporte o bagaje indiciario acumulado durante la instrucción. Si no lo hace, el Ministerio Fiscal deberá instarle a que dicte alguna de dichas resoluciones y el juez deberá resolver en un plazo de 15 días (art. 324.6 de la LECrim).

2. En el artículo 324.8 de la LECrim, **el legislador ha querido enfatizar a modo de cláusula de cierre que el mero transcurso de los plazos máximos fijados en dicho precepto**, en ningún caso dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 y 641 de dicho cuerpo legal. Sin embargo, consideramos que dicha previsión legal resulta superflua porque, como acabamos de ver, en el apartado 6 del mismo artículo ya se establece que el instructor deberá dictar el auto de conclusión del sumario

o la resolución que proceda en el caso del procedimiento abreviado, que puede ser el sobreseimiento y archivo o cualquiera de las previstas en el artículo 779. Detrás de este exceso de celo del legislador parece que late, una vez más, una especie de complejo de culpa que planea sobre todo el artículo y que lleva a querer demostrar que, en ningún caso, se está favoreciendo la impunidad.

### Efectos sobre las concretas diligencias

Mucho más obtusa es la regulación que se establece en el artículo 324 de la LECrim acerca de los efectos que se proyectan sobre las concretas diligencias de instrucción, lo cual permite adivinar futuros conflictos interpretativos e inseguridad jurídica.

Es este respecto, el artículo 481.3 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 era algo más explícito cuando disponía que **“carecerán de validez las diligencias ordenadas o realizadas por el fiscal más allá del plazo máximo de duración de la investigación”**.

El vigente artículo 324 de la LECrim adolece de una norma similar, si bien a *contrario sensu* puede llegarse a idéntica interpretación a partir del tenor del apartado 7 de dicho precepto, ya que si se establece que las diligencias acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, es fácil colegir a contrario que las acordadas después serán inválidas.

Más difícil será concretar qué se entiende por diligencias inválidas. Por el momento, la Circular 5/2015 de la **Fiscalía General del Estado ya se ha apresurado a matizar que**

**las diligencias acordadas fuera de plazo no deben asimilarse en su tratamiento a la prueba ilícita y que, por consiguiente, tales diligencias mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas.** Es evidente que dicha interpretación no va a estar exenta de polémica y que se presta a múltiples objeciones, pero que exceden de los límites del presente trabajo.

En una redacción deficiente por confusa, el ya citado apartado 7 del artículo 324 dispone que las diligencias acordadas dentro de plazo serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de dicho plazo. A poco que se piense, se observa que el término “recepción” es poco afortunado, puesto que contiene un significado muy restrictivo que seguramente no es el que se le ha querido dar en la norma, ya que dicha expresión resulta compatible en situaciones en las que se está pendiente de recibir documentos que ya han sido solicitados por el conducto que corresponda (mandamientos, oficios o requerimientos) o se está a la espera de recibir e incorporar a las actuaciones actas de declaraciones de investigados o de testigos practicadas por exhorto o comisión rogatoria. En consecuencia, podría parecer que no se dé cobertura a supuestos en los que se ha acordado la diligencia, pero está pendiente su práctica, interpretación ésta que no tendría demasiada lógica. Esta situación se habría evitado fácilmente si se hubieran utilizado

los dos términos y se hubiera hablado de “práctica y recepción” de las diligencias acordadas.

El artículo 324.5 de la LECrim nos dice que cuando el Ministerio Fiscal o las partes no hayan hecho uso de la facultad prevista en el apartado 4 del mismo artículo y hayan transcurrido los plazos, no podrán interesar las diligencias complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de la LE-

Crim, por lo que únicamente cabrá la posibilidad de solicitar la práctica de prueba para el acto de juicio oral en el escrito de acusación, la que se proponga en el plenario como cuestión previa en el acto del juicio oral y la que se pueda proponer y practicar en situaciones excepcionales como la sumaria instrucción complementaria que se prevé en el artículo 746.6ª de la LECrim. ■



## CONCLUSIONES

- Cabe concluir que existe el riesgo cierto de que la regla general del plazo ordinario de instrucción de seis meses se llegue a convertir en la excepción, lo que viene propiciado por el hecho de que los plazos no son tan realistas como se afirma por el legislador y por la falta de precisión y excesiva indeterminación de las fórmulas jurídicas utilizadas en el nuevo artículo 324 LECrim

# LA NUEVA ABOGACÍA 1: EL ABOGADO DE FRONTERA



**Carles McCragh.** Abogado. Decano del Colegio de Abogados de Girona\*

## SUMARIO

1. Las fronteras: situación actual y futuro de las fronteras. Los desplazamientos de las personas
2. Las fronteras de Europa. El Proyecto Frontera Sur
3. Las fronteras y el derecho de fronteras. La necesidad de un derecho específico en relación a las fronteras
4. La especialización del abogado en esta situación y su necesaria independencia. La importancia de los Colegios de Abogados
5. Un posible Protocolo



\* *Carles McCragh i Prujà (Barcelona, 1.952), Abogado, Decano del ICA Girona desde 2.010 a la actualidad, Vicepresidente de la Fundación de la Abogacía para los DDHH del CGAE, Presidente de la Comisión de DDHH del Consejo de los Colegios de Abogados de Catalunya (CICAC), Presidente de la Comisión de Formación del CICAC, y Fundador y Presidente de la Associació LiberPress.*

*Las fronteras, a veces, también unen. (Fernando Pessoa)*

Los cambios que continuamente se producen en las sociedades, en las relaciones de los seres humanos y su entorno, los avances tecnológicos, el nacimiento de nuevas ideas y proyectos, los modelos y circunstancias sociales, las necesidades humanitarias que se van detectando y que, en ocasiones, han permanecido ocultas durante siglos antes de que las comunidades humanas tomen conciencia de ello, y que precisan una regulación jurídica, han impulsado la evolución del derecho para adaptarse a esas demandas, en la mayoría de las ocasiones muy tardíamente, con una exasperante lentitud que ha lesionado sin remedio muchos derechos individuales y sociales antes de que se haya efectuado su adecuación o aplicación, como si el derecho fuera un mayordomo parsimonioso, torpe, renuente y perezoso poco dispuesto a servir las necesidades de su amo.

Y hablando de la sociedad y el derecho español, se ha detectado la necesidad de un cambio o adaptación en esferas, algunas antiguas, y otras más nuevas, como la evolución del derecho penitenciario, del derecho de extranjería, del de los menores y de la violencia de género (que con diversas acepciones: violencia doméstica, violencia machista...., se ha convertido en el más paradigmático de los ejemplos que podemos tratar), así como la Mediación. Estas circunstancias, aparte de conducir a crear tribunales especializados en estas materias específicas para una justicia eficaz (Juzgado de Menores, de VIDO...), exige la especialización de todos los llamados “operadores jurídicos” en dichas jurisdicciones.

Por el contrario, y a pesar de ser un derecho relativamente nuevo, el de Extranjería sigue siendo coto, principalmente, de los Juzgados Contenciosos, que no dejan de ser, por la diversidad de sus objetivos, unos tribunales multidisciplinarios y no específicos.

Todo ello ha hecho evidente la necesidad de que los abogados se fueran especializando en dichas materias, y así se ha hecho, formando a estos como especialistas bajo la dirección de los Colegios de Abogados y otros órganos de la abogacía institucional (CGAE, Consejos autonómicos, Escuelas de Práctica Jurídica...). Por ello, y al menos en el turno de oficio, los abogados se han especializado como abogados de extranjería, de penitenciario, de menores y de VIDO.

El origen del vocablo frontera viene de frente, un término militar.

## **LAS FRONTERAS: SITUACIÓN ACTUAL Y FUTURO DE LAS FRONTERAS. LOS DESPLAZAMIENTOS DE LAS PERSONAS**

Estamos en un mundo en el que, casi desde siempre, han existido las fronteras, que no son sino límites de la humanidad para con la humanidad, para con los “otros”, y el origen de muchos conflictos y violaciones de derechos humanos.

Sin entrar a valorar la necesidad o no, y la bondad o maldad de las fronteras en un mundo como el que hemos creado, lo cierto es que existen y no es posible, y acaso tampoco conveniente, sin caer en la ingenuidad inmediata, el pretender abolirlas. Falta aún mucho para que puedan dejar de existir, si es que algún día lo hacen. La frontera es una línea grácil y delgadísima que parece inofensiva, que delimita un terreno y, que nos separa. Que comporta la indecencia de limitar los derechos de

quienes pretenden, y a veces consiguen, cruzarlas. Son, pues, nidos de conflictos jurídicos. La frontera limita la libertad de circulación de personas y bienes y es un espacio donde en demasiadas ocasiones se conculcan los derechos humanos, y en todo caso, disminuyen como tejidos de mala calidad que se encogen con la más exigua lluvia. La frontera es una tierra de excepción donde casi nunca valen los derechos, y donde se produce el tráfico de todo aquello que es o consideramos ilegal: tráfico de estupefacientes, de armas, de personas...

Conscientes las comunidades de los problemas creados por las fronteras, y las limitaciones que las mismas producen a la libre circulación de personas, pero sobre todo de bienes, capitales y mercancías, en algunos espacios se han ido tomando medidas para eliminarlas o hacerlas menos restrictivas, creándose, nuevas zonas de convivencia libres y sin fronteras para los ciudadanos de las diferentes nacionalidades de esta comunidad supranacional, como por ejemplo es la Comunidad Europea. Pero siempre se ha pensado más en el mercado o comercio que no en las personas para abolirlas. El dinero de algunos hombres vale mucho más que la piel de otros.

Así que, nos gusten o no, ahí están, ya acostumbrados a ellas, rodeándonos, marcando nuestro territorio, fijándonos y haciéndonos ciudadanos con diferentes derechos dependiendo de quiénes seamos, en dónde estamos, de dónde venimos y en último caso, qué pretendemos.

*LOS NADIES (Eduardo Galdeano).*

*Los nadies, los hijos de nadie, los dueños de nada. / Que no son, aunque sean. / Que no hablan idiomas, sino dialectos. / Que no profesan religiones, sino supersticiones. / Que no hacen arte, sino artesanía. / Que no practican cultura, sino folclore. / Que no son seres humanos, sino recursos humanos. / Que no tienen cara, sino brazos. / Que no tienen nombre, sino número.*

## **LAS FRONTERAS DE EUROPA. EL PROYECTO FRONTERA SUR**

Y vamos a centrarnos ahora en las fronteras del sur de Europa, y referirnos concretamente a esa inmensa frontera, travesía, vida y cementerio que es el mar Mediterráneo, nuestro Mare Nostrum. Por ello, desde la Asociación LiberPress se pensó en un proyecto al que le pusimos el nombre de Frontera Sur, que debía (aún antes

el vergonzoso desastre que está ocurriendo en Grecia, Macedonia, Turquía y otros países), concienciar, motivar y ayudar a fijar y resolver este problema. El lema de Frontera Sur era <<Es intolerable>>. Lo sigue siendo.

España es tierra de fronteras. Históricamente las ha tenido con Francia, Portugal y Marruecos, pero es al mismo tiempo una frontera con el Mediterráneo. La desestabilización de los países del norte de África, Asia y Oriente Medio, la situación permanente de conflictos armados, étnicos y religiosos, junto con importantes sacudidas sociopolíticas en el corazón de Europa, el fanatismo, la pobreza y subdesarrollo en el continente africano y la crisis económica mundial, pero sobre todo los intereses económicos y geoestratégicos, han producido que el Mediterráneo sea un importante campo de movimientos migratorios entre el sur y el norte.

Esta situación migratoria en condiciones criminales, inhumanas y precarias, está contribuyendo a una gran mortandad de personas, al enriquecimiento de mafias y a la permanente violación de los derechos humanos, de lo que no son ajenos algunos países de la UE.

*Esta es nuestra frontera. Nuestra Frontera Sur.*

*Y en el norte de esa frontera estamos nosotros, y en esa otra inmensa y dramática frontera sur están ellos: los desesperados, los abandonados de la paz y de la suerte.*

*De una orilla a la otra no se respetan los derechos humanos, ni en la paz, ni en los conflictos bélicos: en el sur están los fanáticos, la guerra, la muerte, la miseria, las mafias; en la travesía, dantesca, inhumana, está el peligro, el miedo y la muerte. Y en nuestra orilla está el desconcierto, la desesperanza, la separación, y muchas, demasiadas veces, la indiferencia, el desprecio, el abuso y la explotación.*

*A su vez debía tener cabida en este proyecto la migración por causas económicas: todos los que atraviesan ese mar en aparatos dudosamente navegables, y toda esa ingente cantidad de personas que ya no en peligrosas pateras, sino en más o menos cómodos aviones y otros medios de transporte, cruzan las aduanas europeas con la decisión de quedarse, buscando en esa supuesta "tierra prometida" el futuro digno que no pueden encontrar en sus países de origen.*

*Y de este Proyecto nacen estas reflexiones respecto al derecho de frontera.*

*Si tú supieras lo difícil que es caminar por este sendero, / estar*

*lejos de mi patria y de mi gente amada, / no me perseguirías, me abrazarías y en mi llanto me acompañarías. / Si tú supieras / lo difícil que es no sentirse solo mientras duermes en las vías / me dirías: lo siento mucho estoy contigo, seré tu amigo, / soy un solitario y para ti un extraño...*

Junior (Círculo de poesía. Antes de pasar la frontera. Poesía de migrantes centroamericanos).

## **LAS FRONTERAS Y EL DERECHO DE FRONTERAS. LA NECESIDAD DE UN DERECHO ESPECÍFICO EN RELACIÓN A LAS FRONTERAS**

En la actualidad, las fronteras son más simbólicas que reales y son espejos deformantes de la solidaridad humana. Son puntos frágiles que no pueden evitar los continuos desplazamientos de las personas. Pretender atajar el incesante flujo migratorio con muros y vallas, con alambres y concertinas es, además de indecente, inútil. Son como cubos llenos de agujeros que apenas puede detener el agua. La tenacidad, convicción y voluntad de cruzarlas no pueden interrumpirse con murallas físicas. Emigrantes, migrantes, inmigrantes, desplazados, refugiados, exiliados, expatriados, asilados, acogidos, asentados, indocumentados, apátridas... hay muchas otras palabras y conceptos parecidos para todas aquellas personas que, siempre por necesidad, se van

desplazando, en condiciones muchas veces inhumanas, de un territorio a otro.

Es evidente que muchas personas tienen problemas derivados de las fronteras. Si la migración es un fenómeno de movilidad humana imparable y si hemos de suponer que el ámbito de la dignidad de la persona y de los derechos humanos es universal y no depende, en cuanto a la persona, ni de su nacionalidad ni de su ubicación territorial, es decir, son derechos inmanentes y esenciales de cualquier persona por el hecho de serlo (y se encuentre donde se encuentre), es evidente y plenamente contradictorio con lo anterior, que el desplazamiento, la migración, el exilio, comporten automáticamente una limitación y un descenso inadmisibles de estos derechos. Los estados supuestamente democráticos ni los respetan, ni los garantizan ni los aplican, creando esa fina línea de separación entre unos y otros, lo que significa una gran y profunda fosa o sima de los derechos. Así que parecen existir dos tipos de derechos humanos, cuando solo puede existir uno: el que tiene este carácter universal, el que alcanza a todos los habitantes de este planeta, sean quiénes sean, estén donde estén. Pero existe una burda imitación o una pobre sustitución de ellos, los que podríamos llamar "derechos humanos nacionales" y que desprecian y no alcanzan a cualquiera que sea un forastero.



Y es evidente que la frontera no se limita a una línea geográfica. La frontera continúa una vez traspasada esta línea cientos de kilómetros más allá, y los extranjeros, los inmigrantes, los refugiados, continúan en una situación especial de vulnerabilidad aunque se hallen en el centro mismo de ese territorio ajeno y hostil.

El migrante siempre es el otro, el extraño, el diferente, y para él existe, o quiere aplicarse otro derecho extraño y diferente también, no derechos plenos y universales, sino otros severamente cercenados. Para muchos estados, gobiernos y legislaciones, es una parte menor y diferente de la humanidad, una especie de seres infrahumanos o subhumanos que, como extranjeros o ajenos, no merecen la misma atención y protección jurídicas que los nacionales.

El migrante, como ciudadano de segunda o ciudadano imperfecto, es un plebeyo, cuando no un esclavo, es en realidad un bárbaro que no tiene derecho al *Ius Latitii* del Siglo XXI, y al que se le sustraen estos derechos universales. Es un sujeto con un estatuto jurídico débil, disminuido, sin acceso a un buen puñado de derechos. Su dignidad como ser humano es solamente una porción indigna de esta dignidad.

También define esa diferencia de derechos, la situación administrativa o burocrática en los emigrantes, como si la mayor o menor dignidad de una persona dependiera exclusivamente de los papeles que se le otorgan: así la diferencia entre extranjeros en situación de regularidad e irregulares. Esa división, de alguna manera irregular también, representa una frontera más en estas fronteras. Al regularizado se le conceden algunos derechos que no tendrá casi nunca el irregular, pero eso no significa que al regularizado se le dote, por ello, de plenos derechos como a los nacionales ni se le permita el ejercicio de los mismos; es decir, ni siquiera esta situación o estatuto de “integrados en el ordenamiento jurídico nacional”, de “aceptados temporalmente” hace que se respete íntegramente su dignidad como persona en su país de acogida.

Deseados como fuerza de trabajo por sociedades menos prolíficas y envejecidas que necesitan desesperadamente mano de obra (cuanto más barata y con menos derechos mejor), no es de extrañar que la ONU, y de su mano la OIT, hayan procurado proteger a estas personas sustancialmente como trabajadores, es decir protegiendo sus derechos elementales como fuerza de trabajo, aunque olvidando o minimizando circunstancias más personales y menos mercantiles.

Esta realidad indignante y lamentable merece una actuación contundente y de carácter internacional. Empezando por Europa, que no posee un instrumento jurídico eficaz para proteger específicamente los derechos de las personas de frontera. No ha sido suficiente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo del año 2.008, ante la desconfianza, las reservas y los impedimentos de los Estados miembros, por su alarmante giro político hacia una derecha cada vez más extrema. Y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y sus Protocolos son solamente una bonita esperanza, sin concreción alguna en aspectos más prácticos.

Tendríamos, pues, que imaginar nuevos instrumentos de protección para esa parte de la humanidad acosada y desvalida; todos estos sujetos deben ser tratados como verdaderos ciudadanos con todos los derechos y no solo un parte de ellos. Los políticos, titubeantes, interesados e indecisos, no están por la labor. Los extranjeros no votan, pero los políticos temen que esas personas sin voto les hagan perder, paradójicamente, las elecciones. Así que, ante una sociedad cada vez más atemorizada, amordazada y xenófoba, se gana votos a cambio de limitar los derechos de los más vulnerables, a cambio de la vergüenza o de la indignidad.

Sin embargo, la abogacía no espera ni se vende por los votos de los demás.

Y ante esta situación no nueva, pero sí extraordinaria de ahora, y ante lo que se prevé en el futuro, ¿no sería conveniente que los abogados se plantearan, de manera inmediata, la necesidad de formarse y trabajar a favor de todos estos seres humanos marginados y vejados, cuando no olvidados?

*“El abogado no es sino una esperanza puesta al alcance de los demás”. Anónimo.*

## **LA ESPECIALIZACIÓN DEL ABOGADO EN ESTA SITUACIÓN Y SU NECESARIA INDEPENDENCIA. LA IMPORTANCIA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS**

¿No es quizás el momento, en base a todo lo anterior, de crear un derecho específico, un cuerpo normativo general, una rama del derecho que pudiéramos denominar <<Derecho de frontera>>? ¿Por qué no pensar, pues, en ese nuevo derecho? Un derecho autónomo, que englobe todas las demandas y necesidades jurídicas que

se producen, y se seguirán produciendo, en cualquier territorio cuando una persona, migrante, desplazada, se encuentre fuera de su país de origen? ¿Por qué no iniciarlo los abogados? ¿Por qué no empezar a pensar en la necesidad de la creación y formación de una nueva especialidad de la defensa jurídica, que es la abogacía de frontera?

Es una tarea que, ante los silencios políticos y la pasividad jurídica, debería iniciar la Abogacía como principal defensora de los derechos humanos, como garante del derecho de defensa. Esa es su vocación. Y si no todos, seguro que una gran mayoría de abogados piensan así. La abogacía es también solidaridad.

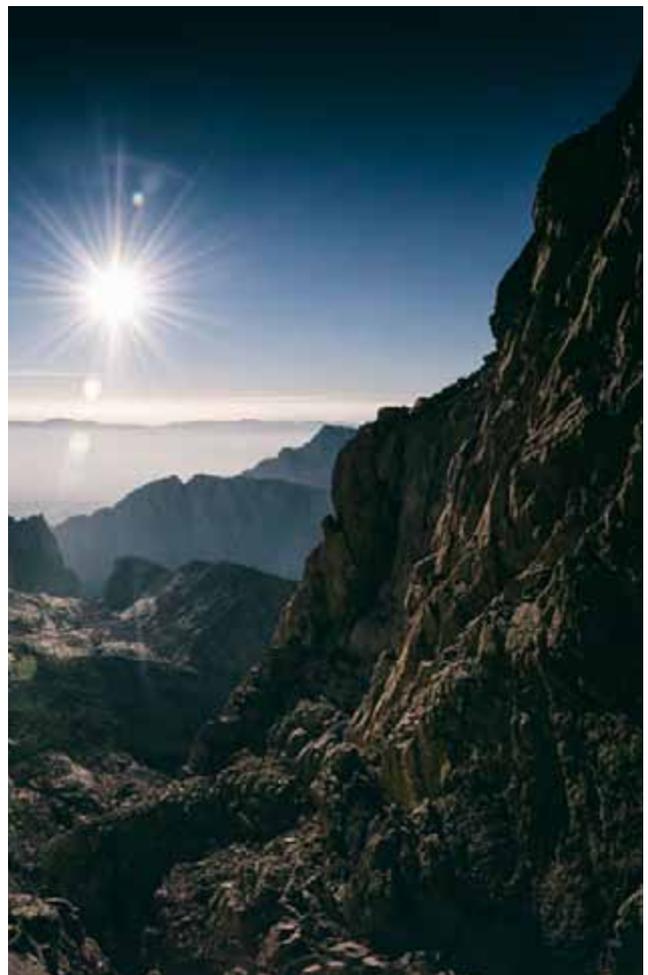
Si hablamos de una nueva especialidad, no se pretende con ello desplazar a nadie, ni es ello un menosprecio hacia los abogados de extranjería, que tan buena labor hacen, trabajando tenazmente en pro de los derechos de los desfavorecidos. Pero en ese nuevo camino, la diferencia entre un abogado de extranjería y lo que debería ser un abogado de frontera, comportaría que éste último tuviera mucho más diversificados sus objetivos. Mientras el primero suele limitarse a la defensa, en el campo contencioso administrativo, del extranjero en peligro o riesgo de ser expulsado, o no conseguir sus derechos administrativos (residencia, trabajo...), civiles (reagrupación familiar...), penales (en muchas ocasiones cruzar una frontera es un delito) o políticos; el abogado de frontera, además de trabajar en ello, debería estar preparado para defender al extranjero en todas las otras situaciones de vulnerabilidad en las que está inmerso, muchas veces por partida doble (extranjera y mujer, extranjero y menor, extranjero y trabajador,...).

## La importancia de los Colegios de abogados

En un mundo tan práctico e interesado como cruel, ultraliberal y economicista, en el que se libra una feroz batalla para abolir (paradójicamente) fronteras con la única finalidad, no de proteger a la gente, sino para que los grandes grupos de presión no tengan competencia en ofrecer toda clase de servicios deshumanizados doquiera vayan, y que pretende eliminar las profesiones tal como están concebidas durante estos dos milenios; en un mundo en que esta competencia hipercapitalista, globalizadora, inhumana, ha desarrollado también Instituciones exclusivamente al servicio del capital y el liberalismo más atroz, donde la persona no es sino lo que vale y produce, donde quién no produce es desechado como escoria, la existencia de Colegios que limiten esta des-

piadada competitividad en aras a proteger a las personas, humanizar los oficios, ofrecer servicios gratuitos a los desprotegidos, preservar la independencia de sus profesiones (lo que es esencial en el caso de los abogados para que exista verdadera defensa, y consecuentemente, justicia), vigilar para que el ejercicio de la profesión se efectúe con eficacia, ética y dignidad respecto al cliente, promover la formación continua de sus asociados, es decir, que dotan, a las profesiones y al ciudadano de un entorno de apoyo y protección, se pretende, que no tengan cabida en esta nueva era de despiadado individualismo y economicismo, donde nada es gratuito y solidario, y más si, como en nuestro caso, deben anteponerse los derechos a egoístas intereses particulares. Para su afán devorador y depredador, los Colegios son un estorbo, y quieren acabar con ellos o debilitarlos fatalmente.

Pero es solamente a través de ellos que la abogacía será independiente y solidaria, y las personas estarán bien defendidas. Nuestro oficio tiene también un fuerte componente altruista. El derecho a la defensa, en



ocasiones, no puede tener precio, porque es un derecho natural y necesario en un mundo civilizado. Y sin duda, por ello, quién debe liderar esa transformación han de ser los colegios de abogados, debatiendo, pactando, colaborando. Hay muchas razones para que sigan vivos ante un mundo egoísta e inhumano. Y esta será una más de ellas.

Finalmente, y también osadamente, como una idea a desarrollar, como un anexo discutible y mejorable, se acompaña el Protocolo que diseñé para Frontera Sur. Se trataría de que los Colegios de abogados europeos, suscribieran este acuerdo o convenio con la decisión de llevar a cabo esta ingente tarea. Crear una abogacía de frontera. Sería solo un primer paso, pero quiero creer que acaso ese primer paso, como tantos otros dados solidariamente por la abogacía para tratar de conseguir un mundo mejor y más justo. Tal vez es esta reflexión para imaginar una nueva abogacía una proposición ingenua, casi utópica, pero incluso la ingenuidad y la utopía pueden llegar a ser el comienzo de otro impulso importante para la consecución de unos derechos humanos plenos para todos.

### **PROTOCOLO PARA LA ACTUACIÓN DE LA ABOGACÍA EN LA DEFENSA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

*Este protocolo pretende ser una guía de actuación para la abogacía institucional europea con el propósito de actuar frente a situaciones de vulneración de derechos de personas que circulan por el territorio europeo y que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.*

*Desde la abogacía queremos defender los derechos de todas las personas que se han visto obligadas a dejar sus países de origen ya sea para salvar su vida, ya porque una guerra o persecución las ha puesto en peligro, ya sea para huir de una situación económica insostenible que pone en peligro su subsistencia.*

*El objetivo de este protocolo es contribuir a coordinar y organizar abogados, abogadas y colegios de abogados de diferentes países, para asegurar que todas las personas que se encuentran en el territorio europeo y no sean nacionales de un país miembro de la UE, se les pueda asistir jurídicamente garantizando el máximo nivel de protección de sus derechos que ofrecen tanto los marcos jurídicos nacionales como los internacionales.*

*De todos modos, este protocolo no debe servir sólo para las situaciones de frontera excepcionales creadas en los últimos tiempos por los conflictos de Siria, Irak o Libia, sino también para los problemas que la existencia de fronteras pueden comportar en el futuro, especialmente para la situación internacional de migraciones del hemisferio sur*



*hacia el norte por causas bélicas, económicas y de cambio climático. Nace también con el conocimiento que la frontera no es solamente la zona y línea de demarcación de un territorio, sino que estos problemas ocurren la mayoría de las veces, tanto temporal como especialmente, lejos de estas líneas de demarcación cuando un extranjero/a, en situación vulnerable, vive en un país que no es el suyo.*

*Asimismo, nace que con la convicción que este problema no se circunscribe al ámbito de Europa, sino que es un fenómeno internacional que aboca a todos los países del mundo, por lo que si ello se ve factible, y resulta práctico y eficaz, tiene la ambición de que, en un futuro, sea aceptado y suscrito por otros países que no están circunscritos a la Unión Europea.*

*Por todo lo anteriormente expuesto los Colegios de Abogados firmantes de este protocolo se comprometen a llevar a cabo las siguientes actuaciones (no exhaustivas y que podrán ampliarse o modificarse tras debatirse las mismas):*

1. Creación por parte del Colegio de abogados de una Comisión de Derechos Humanos y Extranjería y Protección Internacional, integrada por abogados y abogadas especialistas en DDHH, extranjería y protección internacional, derecho de los menores, violencia de género, legislación laboral y tráfico de personas (sin que la presente lista sea exhaustiva), comprometidos/as en la defensa de los derechos de las personas.

Esta Comisión atenderá y tratará casos de personas en las siguientes situaciones:

- Solicitantes de asilo.
- Refugiados reconocidos y / o personas a las que se les reconoce la protección subsidiaria.
- Víctimas de tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual y condiciones laborales especialmente abusivas.
- Personas afectadas por medidas provisionales según el artículo 39 del TEDH.
- Apátridas y personas que han perdido la ciudadanía o documentación.
- Personas migrantes en situación de vulnerabilidad por su situación social y / o económica.

2. Creación de una Bolsa de abogados / as Pro-Bono o de Turno de oficio especializados en DDHH y Extranjería y Protección Internacional (y materias complementarias ya relacionadas) que estarían dispuestos/as a proveer asistencia jurídica Pro-Bono en los casos mencionados anteriormente, sin perjuicio de aquellos casos en que tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita según la legislación nacional vigente.

3. Realizar un mínimo de 3 formaciones especializadas al año para abogados y abogadas en relación a diferentes temáticas relacionadas con los DDHH y la defensa de las personas:

- Detección y defensa de víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y laboral.
- Defensa de víctimas de condiciones laborales abusivas.
- Actuación ante torturas, malos tratos y tratos inhumanos o degradantes, y el Protocolo de Estambul.
- Mecanismos de protección internacional: Solicitudes de asilo y protección subsidiaria, solicitudes de medidas provisionales Art. 39 del TEDH y presentación de demandas al TEDH.
- Leyes de extranjería nacionales.
- Marco jurídico nacional e internacional de protección a las mujeres y contra la violencia machista y de género.
- Investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.
- Formación en Derecho de la UE sobre asilo, inmigración y gestión de fronteras.
- Formación específica sobre personas en situación de especial vulnerabilidad que necesitan atención específica: menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.
- Formación sobre Derecho Internacional Privado.

- Formación sobre Derecho Internacional de Familia, para conciliar las diferentes regulaciones jurídicas que concurren, procurando el máximo respeto a los derechos fundamentales de las personas.

4. Creación de un Comité de Mediación para la Convivencia Ciudadana liderada por la abogacía que realizará las acciones necesarias para garantizar la convivencia ciudadana entre nacionales y extranjeros. Este Comité debe intervenir tanto de manera preventiva, así como una vez ya ha surgido el conflicto entre personas residentes en la localidad o área y personas no nacionales en situación de especial vulnerabilidad que están presentes en la comunidad.

5. Acordar una estrecha colaboración con: asociaciones de abogados de DDHH independientes de los Colegios; con Colegios y asociaciones de otras profesiones en relación con los problemas de frontera (médicos, psicólogos, asistentes sociales...), con asociaciones y ONG que defienden los DDHH y luchan contra dichas situaciones personales de vulnerabilidad, y también mantener contacto con las judicaturas, fiscalías, policías, profesionales de la medicina legal, universidades y cualquier otra institución o cuerpo con el que fuera conveniente colaborar.

6. Defender la actuación de los abogados/as y los Colegios firmantes que sufran cualquier ataque o represalia por el ejercicio de esta actividad, colaborando estrechamente con organizaciones y movimientos de los países firmantes y creando una red o institución que se encargue de la defensa de la defensa y de la protección de los abogados en situación de riesgo.

7. Reforzar a los abogados y Colegios de Abogados cuya ubicación se encuentre muy cerca de una frontera física, especialmente en situaciones de crisis humanitarias, aluvión de migrantes o refugiados o existencia de campos de desplazados.

8. Crear Servicios de Traducción e Interpretación que permita comunicarse eficazmente a los abogados de Frontera con los extranjeros y desplazados y que recojan las lenguas foráneas más importantes que se hablan en cada país.

9. Crear Servicios de Orientación Jurídica nacionales e internacionales integrados por abogados/as especializados y con conocimientos de idiomas, para intervenir en situaciones de crisis o de aluvión de refugiados

u otro colectivos vulnerables, y que atenderán las necesidades en frontera, campo, centro de internamiento o cualquier otro lugar donde se produzca dicha situación de emergencia, dotando económicamente e instrumentalmente a los mismos.

10. Velar para que esta actuación de la Abogacía se realice con todas las garantías de independencia, eficacia y rigor, así como con arreglo a las normas deontológicas y al respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas.

11. Confluir e influir para que sea reconocida nacional e internacionalmente la especialización de abogados y abogadas, con la denominación Abogacía (abogados y abogadas) de Frontera, que se dedicaran específicamente a los temas ya relacionados, procurando que puedan mantener la mayor independencia con los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en sus respectivos países, para que su labor no pueda ser condicionada por los gobiernos ni otros organismos.

12. Instituir en sus presupuestos la dotación económica necesaria y suficiente para las Comisiones de DDHH y Extranjería a fin de poder llevar a cabo sus objetivos de formación, información, y especialmente de actividades de defensa y gastos de estas personas en situación de vulnerabilidad.

13. Promover en cada país la adopción de medidas legislativas más cercanas y adecuadas para todas estas situaciones de vulnerabilidad, procurando la máxima unificación de las diversas legislaciones.

14. Promover los cambios legislativos necesarios a nivel internacional para que los abogados, a través de sus colegios, y como detentadores y garantes del derecho a la defensa que tienen todos los ciudadanos/as, tengan amplia y efectiva legitimación activa ante los organismos internacionales de Justicia y de defensa de los Derechos Humanos, especialmente el TEDH y la CIDH para poder representar e interponer demandas y denuncias por las violaciones de los derechos que se producen en esta Creación y participación en una Red de Abogacías por los Derechos Humanos, red donde se pondrán en contacto e intercambiarán información los abogados y las abogadas que forman parte de las Comisiones de DDHH y extranjería y Protección Internacional formadas en los diferentes colegios de abogados.

15. Colaborar en la realización anual de un Congreso Internacional sobre los problemas de frontera, a efectuar cada año en un país diferente, que sea accesible económicamente para la abogacía de todos los países, y fomente la participación de todos los Colegios y abogados/das que lo deseen, y en el que se presentará los planes de actuación y los resultados, debatiéndose las necesidades y las reformas convenientes. Asimismo, se comprometen a implementar congresos y jornadas de formación y debates en sus respectivos colegios, actividades abiertas a todos los demás colegios y abogados/as.

16. Instituir unos Premios Derechos Humanos de Frontera, sin dotación económica, mediante los cuales se reconozca anualmente a: A) una persona o asociación que haya trabajado por los DDHH de Frontera; B) a un abogado/a que se haya destacado por su

labor jurídica solidaria en estos temas, y C) un Colegio o Asociación de abogados que se haya destacado asimismo por su labor en este terreno. Estos premios se concederían en el Congreso Internacional referido en el apartado 10) de este Protocolo.

17. Creación y participación en una Red de Abogacías por los Derechos Humanos, red donde se pondrán en contacto e intercambiarán información los abogados y las abogadas que forman parte de las Comisiones de DDHH, Extranjería y Protección Internacional formadas en los diferentes colegios de abogados.

18. Promover un Observatorio Internacional de las Personas de Frontera para recoger los diversos aspectos de indefensión, irregularidades que se producen en los países de los Colegios firmantes, creando también una base de jurisprudencia internacional. ■



\* El presente Protocolo ideado por la Asociación LiberPress (LiberPress Frontera Sur) debería ser liderado y coordinado por: ASOCIACIÓN LIBERPRESS, (LIBERPRESS FRONTERA SUR), FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE CATALUÑA.

### SE CONCEDE LA CRUZ DISTINGUIDA DE PRIMERA CLASE DE LA ORDEN DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT A D. ALEJANDRO PINTÓ SALA, PRESIDENTE DE DIFUSIÓN JURÍDICA



El Ministro de Justicia, Rafael Catalá, impuso la Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort a D. Alejandro Pintó Sala, Presidente de Difusión Jurídica, por sus relevantes méritos en la Administración de justicia y en su cultivo y aplicación del estudio del derecho.

El ministro describió a D. Alejandro como “Pura pasión, plena entrega, compromiso total y un espíritu inquieto para hacernos mejores a través de lo que nos une a todos, los que hoy estamos” (...) “Alejandro Pintó es un ju-

*rista total. Abogado, conferenciante en países de medio mundo, emprendedor, comunicador, difusor del Derecho, empresario. Todas esas características de las que me permitirán distinguir una, con un valor incalculable, que es saberse anticipar al futuro”.*

D. Alejandro Pintó Sala es abogado de los colegios de Barcelona y Madrid. Presidente y fundador del Grupo Difusión Jurídica, que engloba diversas editoriales que desarrollan proyectos tecnológicos de Gestión del Conocimiento Jurídico y

son propietarias de cabeceras tan importantes como Economist & Jurist e instituciones docentes tan relevantes como ISDE, entre otras. Además es autor de diversas obras y artículos sobre diversas materias jurídicas.

En los años 90 editó los primeros manuales de derecho práctico de diversas especialidades, que incluían estrategia procesal y formulación de documentación jurídica, adaptada a los diferentes intereses de la partes.

En la primera década del siglo XXI lideró la creación de los primeros buscadores de jurisprudencia inteligentes capaces de discriminar los fallos en función de a que parte daban la razón. En la actualidad promueve importantes investigaciones en materia de derecho y “Big Data”. Entre otros cargos, ha sido diputado electo de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía Barcelonesa.

### ÉXITO DE LA 8ª EDICIÓN DEL PREMIO JURÍDICO INTERNACIONAL ISDE

El ISDE, Instituto Superior de Derecho y Economía, entregó en el Palacete de los Duques de Pastrana de Madrid, con la asistencia de más de 500 invitados, los galardones de la octava edición del Premio Jurídico Internacional ISDE, que distingue los trabajos de investigación en distintas especialidades del Derecho de estudiantes y profesionales del sector.

Entre los invitados al evento figuraron profesionales de 250 despachos de abogados colaboradores del ISDE, directivos de los principales bufetes del país que han formado parte del jurado del Premio y personalidades políticas, administrativas, del ámbito de la Justicia, de la universidad y del mundo empresarial.

Los premiados en esta octava edición han sido; Lourdes Mateo, rama de Derecho Internacional (público o privado) en la categoría estudiante y Enrique Ortega en

la de profesional; Jose Ricardo Pardo, en la especialidad de Ética de la Abogacía, en categoría profesional; en el área de Derecho Deportivo, Luis de Oleza, en categoría estudiante y Gonzalo Ramos en la categoría profesional ; En la rama de Derecho Fiscal y Tributario, Mónica Sevilla, en categoría estudiante y Conrado Caviro, categoría profesional; Francis Perona García, en la rama de Derecho Sanitario, categoría estudiante y Eugenio Moure en categoría profesional.



### FRANCISCO ALDAVERO, NUEVO SOCIO RESPONSABLE DE CORPORATE M&A DE EY ABOGADOS

Francisco Aldavero se incorpora a EY Abogados como nuevo socio responsable de Corporate M&A y Capital Riesgo. Socio de Araoz & Rueda desde que entrara en el despacho en 1996, Francisco Aldavero lideraba desde hace más de una década el desarrollo de esta práctica en esta firma.



*D. Francisco Aldavero*

### ALBERTO ESTELLES Y FRANCISCO URÍA ASUMEN EL MANDO EN KPMG ABOGADOS

Alberto Estelles asumirá el cargo de socio director, sustituyendo a María José Aguiló, encargándose de la dirección ejecutiva, y Francisco Uría será socio principal del despacho, asumiendo la dirección estratégica y la representación institucional del bufete.



*D. Alberto Estelles y D. Francisco Uría*

### BDO INCORPORA A ANTONIO CARBAJAL PARA DIRIGIR EL ÁREA DE ENERGÍA EN ESPAÑA

BDO, una de las principales firmas internacionales de servicios profesionales ha incorporado a Antonio Carbajal como director del área de Energía de la Firma.



*D. Antonio Carbajal*

### SQUIRE PATTON BOGGS SE REFUERZA EN BANCARIO Y FINANCIERO CON LA INCORPORACIÓN COMO SOCIO DE MANUEL MINGOT

Squire Patton Boggs ha nombrado socio del Departamento de Servicios Financieros a Manuel Mingot, reforzando la práctica de bancario y financiero de la

oficina de Madrid. Mingot era responsable de la práctica bancaria y financiera en la oficina de Madrid de Broseta Abogados y co-director de su UK Desk.

### PEDRO NAVARRETE, NUEVO SOCIO DIRECTOR DE DJV ABOGADOS

Pedro Navarrete releva como socio director a José Antonio Alonso, fundador de la firma, quien se hará cargo de las Relaciones Institucionales y apoyo a la dirección del despacho.



*D. José Antonio Alonso y D. Pedro Navarrete*

### CUATRECASAS INCORPORA A SANTIAGO FERRER PARA REFORZAR SU PRESENCIA EN MÉXICO

El nuevo socio acompañará a Agustín Cerdá y Mariano Ucar en la oficina de Ciudad de México Cuatrecasas da un nuevo paso en su expansión en Latinoamérica con el fichaje de Santiago Ferrer, que se incorpora como socio a la oficina de Ciudad de México.



*D. Antonio Carbajal*



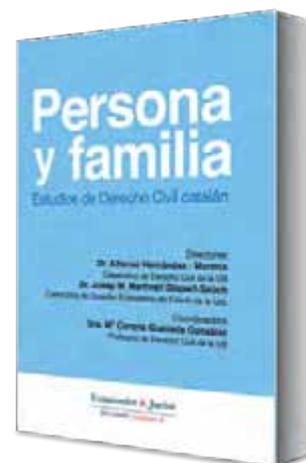
*D. Manuel Mingot*

## NOVEDADES EDITORIALES

### 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. En los estudios se analiza, comenta e interpreta la normativa contenida en el libro II del Código Civil catalán, relativo a la persona y la familia.



### 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?



### FISCALIDAD DE LOS PRODUCTOS SOMETIDOS A IMPUESTOS ESPECIALES

Antonio Fernández de Buján y Arranz  
Ed. Aranzadi  
Páginas 529

La obra, prologada por el profesor Ramón Falcón, ofrece un estudio pormenorizado del momento en el que el producto objeto de los impuestos especiales sale de la fábrica y del depósito distinto del aduanero.



### LOS REGÍMENES ESPECIALES DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y DEL IVA

Antonio Cubero Truyo y Ana Luque Cortella (Coordinadores)  
Ed. Tecnos  
Páginas 464

La fiscalidad empresarial exige un conocimiento profundo, no solo de las reglas básicas de tributación, sino también de los tratamientos específicos aplicables a determinadas operaciones a determinado tipo de empresas. A ese ámbito de las especialidades se dirige la presente obra.



### DE LA DONACIÓN AL CONTRATO

José María Ribas Alba  
Ed. Tecnos  
Páginas 208

Henry Sumner Maine, en una página memorable de su Ancient Law (El Derecho antiguo), formula un principio esencial de la evolución jurídica, señalando la existencia de un movimiento progresivo que iría desde el Status hasta el Contrato.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

[www.libros24h.com](http://www.libros24h.com)

**LIBROS24h.com**  
WWW.LIBROS24H.COM

LEGAL TOUCH,

crear presente  
proyectar futuro

Maximo Barrientos  
BGyC Abogados

---

abogados / consultores

---

Claustro docente integrado por  
Abogados, Embajadores, Cónsules y  
Funcionarios de Organismos  
Internacionales

Cerca del 99% de nuestros  
alumnos han logrado  
integrarse EXITOSAMENTE  
en el mundo profesional



PRÁCTICAS  
en Embajadas,  
Consulados,  
Organismos  
Internacionales  
y Firmas  
colaboradoras de  
ISDE

ISDE,  
1º de España,  
3º de Europa y  
4º del mundo  
en número de  
programas  
referenciados en el  
prestigioso ranking  
“Innovative Law Schools”  
publicado por  
Financial Times

## Máster en Derecho Internacional, Diplomático y Consular con mención en Comercio Exterior y Jurista Internacional



Programa innovador  
*Executive ONLINE*

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