

Economist & Jurist

Año XXVI | nº 218 | Marzo 2018

www.economistjurist.es

Novedades fiscales para 2018



Indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico

Derecho de separación por falta de reparto de dividendos

Límites en las redes sociales

MÁSTER DE DELEGADO DE **PROTECCIÓN DE DATOS** Y EXPERTO EN **TRANSFORMACIÓN DIGITAL**

Security



El nuevo Reglamento exige al Delegado de Protección de Datos una determinada formación y experiencia en protección de datos para poder desempeñar sus funciones de una forma adecuada, puesto que se va a convertir en la máxima autoridad de la empresa en temas de Protección de Datos.

Con EIS podrás prepararte para el examen de certificación de DPO o DPD de TÜV NORD mediante este máster adaptado al esquema de acreditación publicado por ENAC y la AEPD.

Trascendencia jurídica del desafecto familiar

El afecto familiar es algo íntimo, espiritual que trasciende jurídicamente “per se”.

Un luminoso artículo publicado en la Revista del Derecho Privado (RDP Noviembre-Diciembre 2017, págs. 42 – 76) por la profesora Teresa Echevarría permite llegar a esta afirmación.

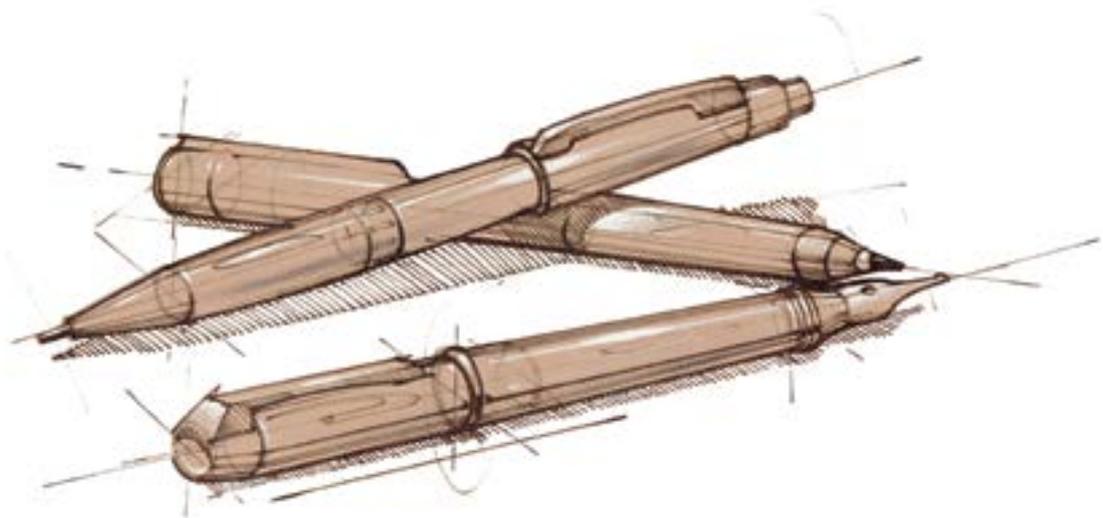
Con independencia del tecnicismo utilizado para justificar esta posibilidad, lo cierto es que el desafecto familiar, trasciende jurídicamente, concretamente como legitimador de la desheredación.

Claro que la legítima (como evidente limitación de la libertad de testar) habida cuenta la pérdida de intensidad de la cohesión familiar sufre una crisis conceptual nada despreciable hasta tal punto que no deja de contemplarse la posibilidad (hoy aún remota) de su supresión.

Pero lo que aquí importa es ponderar que el desafecto familiar (sentimiento espiritual) trasciende jurídicamente legitimando una desheredación.

Y es que en la práctica el Derecho penetra en el mismo arcano de la conciencia humana, para provocar así consecuencias efectivas.

José Juan Pintó Ruiz. Doctor en Derecho. Abogado



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



04 INFORMACIÓN AL DÍA

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

EN PORTADA

- 14 Novedades fiscales para 2018. Por Eduardo Abad Valdenebro y María Muñoz Domínguez

DERECHO ADMINISTRATIVO

- 22 La cuantificación de las Indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico. Por Natalia Astigarraga Bronte

DERECHO CIVIL

- 30 Limitación temporal del uso de la vivienda familiar y custodia compartida: reseñas jurisprudenciales del Tribunal Supremo. Por Jorge Martínez Martínez

DERECHO LABORAL

- 40 - Acoso laboral, ¿cómo pueden defenderse las empresas?. Por Luis Pérez Juste
50 - La indemnización por incapacidad permanente absoluta de uno de los cónyuges, recogida en convenio colectivo, tiene carácter privativo, y no ganancial. Por Sergio García Ruiz

CASOS PRÁCTICOS

- 60 Jubilación forzosa por incapacidad permanente. Afectación de la capacidad de obrar. Improcedencia de expediente disciplinario

DERECHO MERCANTIL

- 72 La Dirección General de los Registros y del Notariado interpreta el derecho de separación por falta de reparto de dividendos. Por Buenaventura Hernández y Javier García Marrero

DERECHO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 78 Límites en las redes sociales: qué podemos y qué no podemos hacer. Por Javier López



14 EN PORTADA

Novedades fiscales para 2018

Como viene siendo habitual en los últimos años, a finales del pasado mes de diciembre se aprobó por el Ejecutivo una batería de reformas con incidencia en la mayoría de las figuras impositivas de nuestro sistema tributario y con eficacia, en general, a partir de 1 de enero de 2018.

ÁMBITO JURIDICO

- 86 La entrada y registro en lugar cerrado. supuestos legales. especial referencia a la inspección e intervención de dispositivos digitales. Por M. Teresa Martínez Sánchez
- 94 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS
- 96 NOVEDADES EDITORIALES

Economist & Jurist

www.economistjurist.es

Centro de Gestión del Conocimiento

Director: Jorge Pintó Sala

Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara

Consejo Editorial

García de Enterría, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Checkaudit, García de Ceca, Antonio Pérez, Garrigues, Córdoba Roda/Rodríguez Morullo, Angel Bonet, AGM Abogados, Gómez Acebo & Pombo, Manuel Delgado, Fernando P. Méndez, Carlos González, J. Martrat Sahuquillo, Eloi García, Rodrigo de Larrucea, Carlos de la Mata, Cremades & Calvo Sotelo, Manuel J. Silva, J. Fco. Corona Ramón, J. Blanco Campaña, P. Tuset del Pino, Sanz Delgado, Paloma Pérez, Sánchez-Stewart Abogados, Sánchez De Movellán, Juan Pérez, Marta Insúa, Ángel Sáez, Pedro Estefanell Coca y Alfonso López Pelegrín, Écija Abogados, J. Alonso-Cuevillas, J. Guivernau, A. Hernández Moreno, A. Negre 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. UsónDuch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M^a Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio

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

Presidente G. Difusión

Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración

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

Ronda General Mitre, 116, Bajos - 08021 Barcelona
economist@difusionjuridica.es
www.economistjurist.es
CIF: A59888172 - Depósito Legal: M-29743-2015
ISSN edición impresa: 2444-3166

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834

ayuda@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación

Laura Alonso Araguas

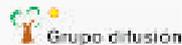
Exclusiva de publicidad

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

Impresión

Rotoatlántica

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



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

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

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 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**
 - Se crea el Foro de Gobierno Abierto.... 04
 - Medidas especiales de regulación del tráfico para 2018..... 05
 - Jurisprudencia**
 - Prórrogas administrativas..... 05
- AL DÍA CIVIL
 - Legislación**
 - Indemnizaciones de los daños y perjuicios por accidentes de circulación 06
 - Jurisprudencia**
 - Parejas de hecho 06
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2018..... 07
 - Jurisprudencia**
 - Créditos Concursales..... 08
- AL DÍA MERCANTIL
 - Jurisprudencia**
 - Compraventa de acciones 09
- AL DÍA PENAL
 - Jurisprudencia**
 - Circunstancias agravantes 09
- AL DÍA PROCESAL
 - Jurisprudencia**
 - Concurso medial de delitos..... 10
- AL DÍA SOCIAL
 - Legislación**
 - Reglamento de planes y fondos de pensiones en materia de liquidez y reducción de comisiones 10
 - Jurisprudencia**
 - Convenio colectivo 12
- SUBVENCIONES
 - Estatales**
 - Subvenciones para investigaciones sociológicas 12
 - Autonómicas**
 - Ayudas al alquiler en Cantabria 12

– Subvenciones para fomentar la contratación por cuenta ajena de desempleados en Aragón.... 13

– Subvenciones en materia de igualdad de oportunidades, integración social de extranjeros y apoyo a las familias en Aragón 13

– Subvenciones para emprendedores que se establezcan como autónomos, o que pongan en marcha microempresas en Aragón 13

– Ayudas para posibilitar la permanencia en la vivienda habitual de personas en situación de riesgo de exclusión social en Cataluña 13

– Ayudas para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía 13

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

SE CREA EL FORO DE GOBIERNO ABIERTO PARA REFORZAR LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN Y DIÁLOGO CON LA SOCIEDAD CIVIL

Orden HFP/134/2018, de 15 de febrero, por la que se crea el Foro de Gobierno Abierto. (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2018)

La adhesión de España, desde su fundación en el año 2011, a la Alianza de Gobierno Abierto (Open Government Partnership), es fiel reflejo del firme compromiso del gobierno español con los valores de transparencia, rendición de cuentas y participación que esta plataforma internacional propugna y defiende. Con este enfoque, el Gobierno ha desarrollado ya dos Planes de Acción de Gobierno Abierto, uno de cuyos resultados más relevantes ha sido, sin duda, la aprobación y entrada en vigor de la 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En junio de 2017, España presentó el Tercer Plan de Acción de Gobierno Abierto ante la Alianza de Gobierno Abierto (Open Government Partnership), que incluye 20 compromisos estructurados en torno a cinco grandes ejes: Colaboración, Participación, Transparencia, Rendición de Cuentas y Formación.

¡ATENCIÓN!



SE PUBLICAN LAS INDEMNIZACIONES ACTUALIZADAS DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA ADMINISTRATIVO, PÁG. 5.

La presente orden da respuesta al primer compromiso asumido por España en este Tercer Plan de Acción: la creación de un Foro de Gobierno Abierto que, con una composición paritaria, reúna a las Administraciones Públicas y a la sociedad civil, con el fin de propiciar el diálogo y el debate, así como de canalizar y promover propuestas de gobierno abierto, debatir sobre el desarrollo de los Planes de Acción de Gobierno Abierto e intercambiar buenas prácticas.

Con la constitución del Foro se refuerzan los mecanismos de participación y diálogo con la sociedad civil, procurando que las acciones de gobierno abierto y su ejecución respondan a necesidades reales de los ciudadanos.

SE ESTABLECEN MEDIDAS ESPECIALES DE REGULACIÓN DEL TRÁFICO PARA 2018

Resolución de 8 de febrero de 2018, de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 2018. (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018)

Por razones de seguridad vial, movilidad y de fluidez de la circulación, en concordancia con las fechas en que se prevén desplazamientos masivos de vehículos, así como por la peligrosidad intrínseca de la carga de ciertos vehículos, se establecen medidas especiales de regulación de tráfico, de acuerdo con lo prevenido, al respecto, en los artículos 5, párrafos k), m) y n), 12 y 18 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, así como en los artículos 37 y 39

del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, y en el artículo 14 del Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, y del correspondiente informe emitido por el Consejo Superior de Tráfico, seguridad vial y movilidad sostenible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 párrafo d) del texto refundido de la precitada Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Jurisprudencia

PRORROGAS ADMINISTRATIVAS LA LIMITACIÓN DE OPOSITORES QUE PUEDEN PASAR A FASE DE CONCURSO DEBE SER LA MISMA EN TODOS LOS TURNOS

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 19/12/2017

En una reciente sentencia, el Tribunal Supremo ha entrado a valorar la denominada «regla limitativa», que puede ser la misma, o puede ser diferente, a cada uno de los turnos de acceso en un mismo concurso oposición, cuestión identificada como de interés casacional.

En este sentido, no existe jurisprudencia contradictoria alguna al respecto: la Sentencia de 2 de enero de 2014 declara que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa **establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, esa diferencia de**

trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución.

Abundando en lo anterior, si en el turno de promoción interna se dispone que con determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional a cuya constatación está dirigida dicha parte del proceso selectivo, y ello es bastante para pasar a la fase de valoración de méritos, no se alcanza a ver qué razón puede justificar que se proceda de manera distinta en el turno libre. Y la Sentencia de 18 de marzo de 2016, declara que la Sala no se decantó en 2014 tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debía tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso; el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad.

De modo que, **desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró, en ambas sentencias, es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente.** Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación. Sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70438041

AL DÍA CIVIL

Legislación

SE PUBLICAN LAS INDEMNIZACIONES ACTUALIZADAS DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Resolución de 31 de enero de 2018, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para

valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. (BOE núm. 40, de 14 de febrero de 2018)

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, establece, en su artículo 49.1, que las cuantías indemnizatorias del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, fijadas en ella, quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año, en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Debido a que la Ley de Presupuestos no ha sido aprobada antes del primer día del presente ejercicio económico, el Real Decreto 1079/2017, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones de Clases Pasivas, de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2018, establece, en su artículo único, una revalorización de las pensiones del 0,25 por ciento.

Tomando en consideración la disposición anterior y en aplicación del artículo 49.3 del 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,

Esta Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones acuerda hacer públicas en su sitio web <http://www.dgsfp.mineco.es/>, las cuantías indemnizatorias vigentes durante el año 2018 revalorizadas en el 0,25 por ciento.

Jurisprudencia

PAREJAS DE HECHO NO PROCEDE LA APLICACIÓN ANALÓGICA PARA OTORGAR PENSIÓN COMPENSATORIA EN RUPTURAS DE PAREJAS DE HECHO

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 15/01/2018

En una reciente Sentencia, **el Tribunal Supremo se posiciona en contra de aplicar analógicamente la pensión compensatoria, en los casos de separación de parejas de hecho.**

En este sentido, si bien el legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas **no casadas al matrimonio, no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 CC. Son admisibles genéricamente los**

NOTA IMPORTANTE



CUANDO SE IMPUTAN AL ACUSADO VARIOS DELITOS Y ALGUNO DE ELLOS NO ES DE LOS MENCIONADOS EN EL ARTÍCULO 1.2 DE LA LOTJ, LA REGLA GENERAL DEBE SER EL ENJUICIAMIENTO SEPARADO, SIEMPRE QUE NO LO IMPIDA LA CONTINENCIA DE LA CAUSA. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PROCESAL, PÁG. 10.

pactos entre los convivientes por los que, al amparo del art. 1.255 CC, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia.

Por el contrario, **no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo, ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge.**

Así pues, **no pueden aplicarse por analogía legis las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia more uxorio o unión de hecho.**

En el caso planteado, durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada.

La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado. En consecuencia, la sala anula el pronunciamiento relativo a la obligación de pago de la pensión compensatoria.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70435664

AL DÍA FISCAL

Legislación

EN LA RIJA SE INCREMENTA HASTA EL 75 % LA BONIFICACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO, CON EFECTOS DESDE EL 1 DE ENERO DE 2018

Ley 2/2018, de 30 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2018. (BOE núm. 39, de 13 de febrero de 2018)

La ley comienza con normas de naturaleza tributaria, dictadas en uso de las facultades normativas atribuidas por el artículo 48 del Estatuto de Autonomía de La Rioja y por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

La principal novedad que se produce este año en cuanto a los tributos cedidos es de carácter formal y es consecuencia de la reciente aprobación de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, por la que se consolidan las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de impuestos propios y tributos cedidos. La Ley de Medidas Fiscales, en lugar de reproducir todas las normas sustantivas aplicables como en años anteriores, se limita a establecer las modificaciones pertinentes en este nuevo código tributario, de modo que se consiguen dos objetivos: los artículos dedicados a las normas fiscales se ven muy reducidos en su extensión frente a lo que venía siendo habitual, y las novedades resultan claramente identificadas, lo cual redundará en una mayor seguridad jurídica y favorece la transparencia de nuestro ordenamiento jurídico tributario.

Desde un punto de vista material, **las novedades que se producen en esta materia incluyen una modificación de la escala autonómica del IRPF, que incluye una reducción de 0,40 puntos en el**

segundo tramo de renta, de 0,40 en el tercero y de 0,20 en el cuarto tramo de la escala autonómica actual. Se ha establecido un incremento en un diez por ciento sobre el mínimo por discapacidad de descendientes regulado en el artículo 60.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se ha mejorado la deducción prevista para el cuidado de menores de hasta tres años en zonas rurales, se ha retocado la deducción para que la acogida y guarda de menores incluya las denominaciones actualizadas y se computen conjuntamente las que aisladamente no lleguen al tiempo mínimo, y se crean sendas deducciones por gastos de escolarización de hijos de 0 a 3 años, y para familias que tengan hijos de hasta 3 años que tengan su residencia en municipios de menos de mil habitantes. La deducción por las cantidades invertidas durante el ejercicio en obras de adecuación de vivienda habitual en La Rioja para personas con discapacidad se modifica exigiendo certificación de las obras que se realicen. Se crean además nuevas deducciones por adquisición de vehículos eléctricos nuevos, y otras dirigidas a favorecer la emancipación de los jóvenes, como el arrendamiento de vivienda a través de la bolsa de alquiler del Gobierno de La Rioja, acceso a Internet, gastos de suministro de luz y gas de uso doméstico, y adquisición de vivienda habitual para menores de 36 años.

La ley incrementa la bonificación del 50% de la cuota íntegra en el impuesto sobre el patrimonio hasta el 75% con efectos desde el 1 de enero de 2018.

Los beneficios fiscales en materia de adquisición de vivienda en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados han quedado superados en parte por las actuaciones y programas de ayuda de la Consejería de Fomento y Política Territorial, de forma que desde el ejercicio 2018 se eliminan algunos de los beneficios fiscales vinculados a la adquisición de vivienda en este impuesto.

Se incorpora un nuevo artículo que regula el concepto de «adquisición de vivienda habitual» a efectos de los impuestos sobre sucesiones y donaciones, y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para evitar la incertidumbre del alcance que este concepto pueda tener.

Se ha revisado puntualmente la redacción de algunos de los preceptos vigentes en los tributos sobre el juego, dentro de los objetivos de simplificación y mejora de las disposiciones normativas.

La ley revisa también la Ley 6/2002, de 18 de octubre, de Tasas y Precios Públicos, para adaptarla a diversas necesidades.

El primer cambio, de carácter general y que se encuadra dentro del compromiso de mejora de la calidad normativa, afecta al texto articulado y modifica expresamente el plazo de interposición del recurso de reposición previo a la vía económico-administrativa, que había que entender modificado tácitamente desde la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 19 de diciembre, General Tributaria, de aplicación directa y que establecía dicho plazo con carácter general para todas las administraciones tributarias.

Jurisprudencia

CRÉDITOS CONCURSALES UN CRÉDITO CONCURSAL DE LA AEAT POR IVA A INGRESAR NO PUEDE COMPENSARSE CON EL IVA A DEVOLVER DE EJERCICIOS POSTERIORES AL CONCURSO

*Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
11/01/2018*

En una reciente sentencia, **el Tribunal Supremo ha establecido que cuando se da una situación de concurso del sujeto pasivo, el momento en que se lleva a cabo la deducción del IVA soportado con anterioridad a la declaración de concurso, o incluso en el mismo trimestre de la declaración, tiene gran relevancia, pues puede determinar que se aplique a créditos concursales o contra la masa.**

En el presente caso en la liquidación practicada, como consecuencia de las facturas rectificativas que los acreedores concursales emitieron a la vista de la declaración de concurso, afloró un IVA a ingresar. Este crédito a favor de la AEAT, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, es concursal. Y las facturas rectificativas emitidas tras la declaración de concurso correspondían a hechos imponderables anteriores al concurso de acreedores.

Este IVA a ingresar, que constituía un crédito concursal, se hubiera podido compensar con el IVA a devolver de ejercicios anteriores a la declaración de concurso, pero no con el IVA a devolver de ejercicios posteriores al concurso. Por esta razón, la compensación practicada por la AEAT no está justificada y contradice la prohibición de compensación del art. 58 LC.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es **Marginal nº 70434872**

¡ATENCIÓN!



UN CRÉDITO CONCURSAL DE LA AEAT POR IVA A INGRESAR NO PUEDE COMPENSARSE CON EL IVA A DEVOLVER DE EJERCICIOS POSTERIORES AL CONCURSO. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA FISCAL, PÁGS. 8 Y 9.

AL DÍA MERCANTIL

Jurisprudencia

COMPRAVENTA DE ACCIONES LA FECHA DE CÓMPUTO PARA LA ACCIÓN DE NULIDAD DE COMPRA DE VALORES ES LA DE SU CONVERSIÓN EN ACCIONES

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 25/05/2017

Ejercitada por los demandados acción de nulidad absoluta por error o vicio en el consentimiento, al contratar el producto financiero "Valores Santander", **el juzgado de primera instancia e instrucción número tres de Teruel estima la demanda, a ella se opone la parte apelante, alegando básicamente: incongruencia extrapetita, el error de derecho en la sentencia pues no aprecia la caducidad de la acción en contra de los argumentos de parte, y esencialmente el error en la valoración de la prueba.**

El Magistrado-Juez de instancia desestimó esta cuestión, planteada en la instancia por la entidad demandada en base al artículo 1.301 del Código Civil, argumentando que dicha caducidad no se ha producido porque el dies a quo debe computarse desde el momento de la consumación y no de la perfección del contrato, empezando a contar desde la última liquidación; además de haberse efectuado un requerimiento extrajudicial infructuoso el día 7 de junio de 2016 que interrumpiría dicho plazo.

Para la resolución del presente recurso de apelación debe partirse de lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil con arreglo al cual: "*La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr... En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato*". Por tanto, **el plazo de cuatro años deberá comenzar su cómputo en el momento de la consumación del contrato. La perfección y la consumación del contrato son conceptos diferentes: el contrato**

se perfecciona cuando se presta consentimiento por ambas partes sobre la cosa y la causa que han de ser objeto del contrato, pero se consume cuando se da cumplimiento a las obligaciones contraídas. Con la perfección del contrato surgen las obligaciones, y con la consumación su cumplimiento (SAP León 30/2014, de 6 de marzo). Así pues, la fecha a tener en cuenta a los efectos del cómputo de cuatro años no es la de la compra de los valores sino la de la conversión en acciones, que en el caso estudiado tuvo lugar el día 10 de julio de 2010, fecha en la que finalizaron las contraprestaciones recíprocas.

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.casosreales.com Marginal: 70399328

AL DÍA PENAL

Jurisprudencia

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES PUEDE APRECIARSE ENSAÑAMIENTO EN UNA AGRESIÓN RÁPIDA CON RESULTADO DE MUERTE

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 16-01-2018

El Alto Tribunal, en relación al caso enjuiciado, considera que **una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios, cuando durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas, por lo cual puede apreciarse ensañamiento.**

El acusado, provisto de un cuchillo que había adquirido con la intención de acabar con la vida de la que había sido su pareja sentimental, tras mantener una discusión, le asestó una primera puñalada en el cuello para, seguidamente, a pesar de los ruegos de la víctima, asestarle hasta un total de 30 puñaladas, dirigiendo el arma a la cabeza y al cue-

llo. El ataque sucedió de manera sorpresiva y sin mediar palabra, no pudiendo defenderse la víctima porque estaba parcialmente girada.

Condenado por el Tribunal del Jurado a 25 años de prisión por un delito de asesinato con las agravantes de ensañamiento y parentesco, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía rebajó la pena al descartar la agravante de ensañamiento y aplicar la atenuante analógica de confesión, decisión aquella con la que no está de acuerdo el Supremo, que sí aprecia ensañamiento porque durante la agresión el acusado no atendió los ruegos de su víctima para que se detuviera, lo que revela que su propósito era el de prolongar su sufrimiento.

Solo por el hecho de que no constara la secuencia temporal de los golpes no cabe sin más inferir, como lo hizo el Tribunal de apelación, que el acusado persiguiera la inmediatez de la muerte. Entiende el Supremo que **siendo 30 las puñaladas recibidas por la víctima, de las cuales solo tres fueron de carácter mortal, y siendo que el acusado manifestó que la víctima le pedía que cesase la agresión sin que él atendiese a sus ruegos, se está ante una persistencia en el propósito de prolongar el sufrimiento, clara expresión del sentimiento de odio que impulsó su acción.**

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70435645

AL DÍA PROCESAL

Jurisprudencia

CONCURSO MEDIAL DE DELITOS COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO CUANDO SE IMPUTAN VARIOS DELITOS A UN MISMO ACUSADO

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 11/10/2017

El Tribunal Supremo ha establecido en una reciente sentencia que **cuando se imputan al acusado varios delitos y alguno de ellos no es de los mencionados en el artículo 1.2 de la LOTJ, la regla general debe ser el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.**

En este sentido, **se precisa que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.**

En el caso enjuiciado, tratándose de un delito de asesinato, cuya competencia corresponde al Jurado y un delito de robo con violencia, cuya competencia sin embargo no le corresponde, ambos delitos deben enjuiciarse conjuntamente por existir una evidente conexión entre ambos, al ser el delito de robo, al que se favorece o facilita mediante la comisión del delito de asesinato.

Así pues, no ha de hacerse distinción alguna basada en la identificación del delito o del delito más grave, porque **el Tribunal del Jurado será competente para conocer del conjunto de los delitos imputados, cuando existiendo la relación funcional contemplada en el artículo 5.2 c) de la LOTJ, al menos uno de los delitos sea de su competencia.**

Con relación a la controversia objeto del litigio, el Alto Tribunal concluye que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.casosreales.com Marginal: 70429077

AL DÍA SOCIAL

Legislación

SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES EN MATERIA DE LIQUIDEZ Y REDUCCIÓN DE COMISIONES

Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, y el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. (BOE núm. 37, de 10 de febrero de 2018)

Mediante este real decreto se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para incluir el nuevo supuesto de liquidez en planes de pensiones y sistemas análogos y adaptar los procedimientos de movilización de derechos.

En este mismo sentido, **se modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto**

¡ATENCIÓN!



LA FIGURA DEL “ALLEGADO” ES ESPECIALMENTE NOVEDOSA, Y PERMITE RECLAMAR A QUIEN COMPARTIERA UNA RELACIÓN ASIMILADA A LA FAMILIAR CON EL FALLECIDO, PERO SIN QUE EXISTIERA ESE VÍNCULO BIOLÓGICO. MAS INFORMACIÓN EN ADMINISTRATIVO, PÁGS. 22-28.

1588/1999, de 15 de octubre, en relación con los seguros concertados con mutualidades de previsión social y planes de previsión social empresarial.

Se ha optado por **no establecer limitaciones ni condicionantes adicionales para la disponibilidad de los derechos consolidados**, considerando que este supuesto de liquidez, en función de la antigüedad de las aportaciones, supone un incentivo para la contratación de estos productos que puede impulsar el desarrollo de los sistemas de previsión social complementaria. Adicionalmente, se incide especialmente en el contenido de la información a los partícipes y asegurados y en las movilizaciones de derechos.

Por otra parte, **se modifica el artículo 84 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, que regula las comisiones de gestión y depósito a percibir por las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones**. En el caso de las comisiones de gestión, se sustituye el importe máximo único por una tabla de comisiones máximas en función de las diferentes políticas de inversión de los fondos, lo que se ajusta más a las características propias de la gestión de las inversiones de los fondos de pensiones, promoviendo una reducción mayor en los fondos con criterios inversores más prudentes y orientados a la preservación del capital, como son los que tienen un componente total o mayoritario de renta fija. También se reduce la comisión máxima de depósito para todos los fondos de pensiones.

Igualmente, **se introducen en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones algunas modificaciones en materia de inversiones de los fondos de pensiones con el fin de adaptar algunas referencias normativas y la tipología de activos aptos a la normativa europea y a determinadas leyes como 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.

También se han introducido modificaciones en relación con la concreción formal de los criterios de cálculo del valor liquidativo de las participaciones en las especificaciones de los planes y fondos de pensiones.

Este real decreto es coherente con los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Cumple con los principios de necesidad y eficacia. El real decreto cumplimenta el mandato de desarrollo reglamentario del supuesto de disposición anticipada de los derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad. Asimismo, introduce una reducción de los límites máximos de las comisiones de gestión y depósito en los fondos de pensiones, lo que disminuirá los costes, mejorando la rentabilidad de los planes de pensiones.

El real decreto es acorde al principio de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos previamente mencionados, e igualmente se ajusta al principio de seguridad jurídica.

En cuanto al principio de transparencia, el real decreto ha sido sometido al trámite de consulta pública establecido en el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y al trámite de audiencia e información públicas contenido en el artículo 26.6 de la misma ley, al afectar a los derechos e intereses legítimos de las personas. Adicionalmente, el texto fue sometido a la

consideración de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones en su sesión de 16 de noviembre de 2017.

Con arreglo asimismo al artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, el real decreto consta incluido en el plan anual normativo de 2018.

Por último, **con respecto al principio de eficiencia, si bien supone un ligero aumento de las cargas administrativas, éstas son imprescindibles y en ningún caso innecesarias.**

Este real decreto se dicta en ejercicio de las habilitaciones para el desarrollo reglamentario contenidas en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en sus artículos 8.8, 16, 20.5 y 21.6, disposiciones adicionales primera, sexta y octava, disposición transitoria séptima y disposición final tercera

Jurisprudencia

CONVENIO COLECTIVO ES POSIBLE INCLUIR EN UN CONVENIO TRATOS SINGULARES SIN QUE SE PRODUZCA TRATO PREFERENTE

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 13/03/2017

El Tribunal Supremo ha establecido en una reciente sentencia que **las proposiciones alternativas en el convenio, siempre y cuando puedan acogerse todos los acreedores, no implican preferencias o privilegios, y no vulneran lo previsto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal.**

En el caso planteado, la parte recurrente alega que se ha producido la vulneración de la Ley Concursal, en tanto en cuanto, se ha aprobado un convenio que contiene situaciones singulares sin que se hayan cumplido las exigencias de quorum en la votación exigidas, pues además del voto de la mayoría del total del pasivo, es exigible el del pasivo relativo de los acreedores a los que dicho trato singular no les va a afectar. Por ello entiende que esta mayor facilidad que tienen algunos acreedores para acogerse a la previsión del convenio que les permite el pago anticipado de al menos parte de su crédito supone una vulneración del principio del par codicio creditorum.

Sin embargo, **el Alto Tribunal, desestima las pretensiones de la recurrente, por considerar que la previsión de soluciones alternativas en el convenio no supone un trato singular que exija el voto favo-**

rable de la doble mayoría prevista en el art. 125.1 de la Ley Concursal.

En este sentido, se establece que la previsión de proposiciones alternativas en el convenio, a las que pueden acogerse todos los acreedores, no supone la creación de privilegios o preferencias no previstos en la ley, por lo que no se infringe lo previsto en el art. 89.2 de la Ley Concursal.

Así pues, **para que pueda hablarse del trato singular que prevé el art. 125.1 de la Ley Concursal al establecer un régimen de doble mayoría exige, para ser considerado como tal, que vaya dirigido a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características.**

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.casosreales.com Marginal 70369868

SUBVENCIONES

Estatales

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)

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

Autonómicas

SE CONCEDEN AYUDAS AL ALQUILER EN CANTABRIA

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

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

NOTA IMPORTANTE



LA LEY EXIGE PARA LA COMISIÓN DEL DELITO CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA QUE SE ACTÚE CON VIOLENCIA, AMENAZA, TUMULTO O VÍAS DE HECHO, DE MANERA QUE EL IMPEDIMENTO, LA INTERRUPCIÓN O LA PERTURBACIÓN OCASIONADA DE CUALQUIER OTRA FORMA NO SERÍAN DELICTIVOS. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PENAL, PÁGS. 9 Y 10.

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 establecen 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)

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)

Final de la convocatoria: 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 deberán 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 RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN CATALUÑA

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

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 EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA

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

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

NOVEDADES FISCALES PARA 2018



Eduardo Abad Valdenebro. Socio responsable del departamento de Derecho Tributario de Garrigues
María Muñoz Domínguez. Asociada principal del departamento de Derecho Tributario de Garrigues

SUMARIO

1. Cambios en los reglamentos del IRPF, IS, ISD, IVA E ITP Y AJDLas indemnizaciones por causa de muerte
 - a) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento del IRPF, del IS y del ISD
 - b) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento del IVA, del ITPyAJD y de facturación operadas por el Real Decreto 1075/2017, de 29 de noviembre
2. Cambios en los reglamentos de desarrollo de la ley general tributaria
 - a) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento Sancionador por el Real Decreto 1072/2017, de 29 de diciembre
 - b) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento de Revisión por el Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre
 - c) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento de Recaudación por el Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre
 - d) Principales modificaciones introducidas en el Reglamento de actuaciones y procedimiento de gestión e inspección por el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre

Como viene siendo habitual en los últimos años, a finales del pasado mes de diciembre se aprobó por el Ejecutivo una batería de reformas con incidencia en la mayoría de las figuras impositivas de nuestro sistema tributario y con eficacia, en general, a partir de 1 de enero de 2018.

CAMBIOS EN LOS REGLAMENTOS DEL IRPF, IS, ISD, IVA E ITP Y AJD

Así, el pasado 30 de diciembre de 2017 se publicaron en el último Boletín Oficial del Estado del año seis Reales Decretos que aprobaban modificaciones relativas a los Reglamentos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del Impuesto sobre Sociedades (IS), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD), de los Impuestos Especiales, del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, al Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, al Real Decreto sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático y consular y de organismos internacionales y a los Reglamentos de desarrollo de la Ley General Tributaria. También se aprobó un Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia tributaria que tenía por objeto dar cobertura normativa a determinados aspectos que tradicionalmente son objeto de modificación mediante Ley de Presupuestos y que, ante la situación de bloqueo de dicha Ley en las Cortes Generales, precisaban de una regulación urgente y extraordinaria por esta vía.

“A partir de 1 de enero de 2018, no existirá obligación de retener respecto de las cantidades satisfechas por los fondos de pensiones abiertos como consecuencia del reintegro o movilización de los fondos de pensiones o planes de pensiones inversores”



LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto 1075/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, aprobado por el Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, el Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales y de modificación del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, y el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. (Legislación Marginal: 70428173)

- Real Decreto 1072/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general del régimen sancionador tributario, aprobado por el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre. (Legislación Marginal: 70428189)
- Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. (Legislación Marginal: 70428203)
- Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. (Legislación Marginal: 70428198)
- Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente. (Legislación Marginal: 70428217)
- Real Decreto 1074/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. (Legislación Marginal: 70428211)
- Real Decreto-ley 20/2017, de 29 de diciembre, por el que se prorrogan y aprueban diversas medidas tributarias y otras medidas urgentes en materia social. (Legislación Marginal: 70428197)
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (Legislación Marginal: 24315)
- Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario. (Legislación Marginal: 34843)
- Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa. (Legislación Marginal: 51021)
- Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. (Legislación Marginal: 53447)
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. (Legislación Marginal: 66748)

Analizamos seguidamente las que nos parecen las novedades más relevantes introducidas por dichos Reales Decretos en los Reglamentos reguladores de los tributos mencionados en el título de este artículo.

Principales modificaciones introducidas en el Reglamento del IRPF, del IS y del ISD

El Real Decreto 1074/2017, de 29 de diciembre, ha introducido modificaciones en los Reglamentos del IRPF, del IS y del ISD. Muchas de las modificaciones tienen por objeto adecuar las disposiciones reglamentarias a lo ya previsto en la Ley o incluir ciertas simplificaciones, por lo que nos centraremos en analizar las que, en nuestra opinión, son las principales novedades operadas por dicha norma.

Así, comenzando por las **novedades introducidas en el Reglamento del IRPF, cabe destacar las siguientes:**

1. Se admiten fórmulas indirectas de financiación de los gastos de estudio para la capacitación y reciclaje del personal que no constituyen retribución en especie.

Hasta ahora, para que los gastos en cursos de formación a los que asistían los empleados no tuvieran la consideración de retribución en especie (y, en consecuencia, no estuvieran sujetos a tributación en el IRPF del trabajador), era imprescindible que fueran financiados directamente por el empleador, además de ser necesarios o venir exigidos por las características del concreto puesto de trabajo desempeñado.

Sin embargo, se aclara ahora (y con efectos desde el 1 de enero de 2017) que **dentro de los gastos de estudio para la capacitación o reciclaje del personal que no**

constituyen retribución en especie se encuentran también los financiados por terceros distintos del empleador, siempre que dichos terceros sean empresas o entidades que comercialicen productos para los que resulte necesario disponer de una adecuada formación por parte del trabajador y el empleador autorice la asistencia al curso del trabajador.

Cabe preguntarse si esta modificación normativa, en la medida en que admite las fórmulas indirectas de financiación de este tipo de cursos de formación, también abre la puerta a la utilización de “tiques formación”, figuras similares a los tiques restaurante, tiques guardería o tiques transporte, que permiten al empleador financiar la manutención del trabajador, la educación de sus hijos o el desplazamiento hasta el centro de trabajo. La exposición de motivos del Real Decreto no se refiere a dicha posibilidad y el inciso añadido en el precepto que regula los gastos a los que nos venimos refiriendo para definir cuándo se entiende que los estudios han sido dispuestos y financiados indirectamente por el empleador tampoco se refiere a ello por lo que, aunque está cuestión podría ser discutida, una interpretación literal de la norma no permite extraer una respuesta afirmativa a la anterior pregunta.

2. **Se faculta a quienes tengan atribuida la guarda y custodia de un menor por resolución judicial a aplicar el mínimo familiar por descendientes en relación con dichos menores.** Esta modificación tiene, también, efectos desde 1 de enero de 2017, por lo que podrá ser aplicada en la declaración de IRPF correspondiente al ejercicio 2017, a presentar en los próximos meses, y satisface una demanda social muy actual y que supone una cierta adecuación del gravamen del

“Se eleva la cuantía diaria exenta de las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor (tiques restaurante), de 9 a 11 euros, con efectos 1 de enero de 2018”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2015, N° Rec. 1450/2015, (Marginal: 69568071)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de enero de 2014, N° Rec. 2396/2012, (Marginal: 69627323)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2009, N° Rec. 8/2008, (Marginal: 329633)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de octubre de 2008, núm. 1006/2009, N° Rec. 2454/2002, (Marginal: 69568071)



contribuyente a su verdadera capacidad económica, sin duda afectada por esta circunstancia.

3. Con efectos desde el 30 de diciembre de 2017, **se simplifica la subsanación voluntaria de errores cometidos en la presentación de una autoliquidación y que perjudiquen al contribuyente.**

Hasta ahora, la subsanación de dichos errores sólo era posible a través del mecanismo de impugnación de la autoliquidación previsto en la Ley General Tributaria que obligaba al sujeto pasivo a iniciar un proceso complejo, que requería la presentación de un escrito explicativo del error cometido y la solicitud de rectificación de la correspondiente declaración, con devolución (en su caso) de las cantidades indebidamente ingresadas a resultas del error.

A partir de esta modificación normativa, y aun cuando se mantiene el procedimiento tradicional, podrá rectificarse directamente el propio modelo de declaración del IRPF, a través de la página web de la Agencia Tributaria, lo cual simplifica enormemente el procedimiento de rectificación y obtención de las oportunas devoluciones.

4. **Se eleva la cuantía diaria exenta de las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor (tiques restaurante), de 9 a 11 euros, con efectos 1 de enero de 2018.**

Por lo que se refiere a las novedades introducidas en el Reglamento del IS, conviene destacar que, **a partir de 1 de enero de 2018, no existirá obligación de retener respecto de las cantidades satisfechas por los fondos de pensiones abiertos como consecuencia del reintegro o movilización de los fondos de pensiones o planes de pensiones inversores.**

Además, y con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016, se introducen modificaciones en el régimen de la denominada “información país por país”, con el fin de mejorar la adaptación a la Directiva Comunitaria que la regula. En particular, se explicitan los supuestos en los que no será obligatorio para una entidad residente en territorio español aportar la referida información.

Principales modificaciones introducidas en el Reglamento del IVA, del ITPyAJD y de facturación operadas por el Real Decreto 1075/2017, de 29 de noviembre

Sin ánimo de ser exhaustivos, mencionamos a continuación las que nos parecen más relevantes y, a priori, de mayor virtualidad práctica, de las novedades normativas introducidas por el Real Decreto 1075/2017.

Por lo que se refiere al Reglamento del IVA, se introduce una modificación ampliamente demandada por determinados colectivos o sectores de actividad (fundamentalmente, pero no sólo, del sector de la distribución) tras la entrada en vigor del SII (sistema de suministro inmediato de información) el pasado ejercicio y relativa a la posibilidad de que la Administración pueda autorizar, en determinados supuestos y previa solicitud de los interesados, que no consten todas las menciones o toda la información que con carácter general se exige en los libros registros del Impuesto, o que se puedan realizar asientos resúmenes de facturas de manera distinta a la prevista en el régimen general. Se faculta así a la **Administración para autorizar excepciones al régimen general cuando las prácticas comerciales o administrativas de un determinado sector lo aconsejen.**

Se incluyen ciertas precisiones técnicas en el procedimiento de devolución

del IVA a viajeros, procedimiento que **a partir de 1 de enero de 2019 será obligatoriamente realizado por el sistema electrónico de reembolso, lo cual obligará al proveedor a expedir, con ocasión de la venta, la factura y el documento electrónico de reembolso habilitado al efecto.**

Por último, y por lo que se refiere al **régimen de comprobación e inspección en materia de IVA** de las entidades acogidas al Régimen Especial del Grupo de Entidades, **se introduce una regulación análoga a la actualmente vigente en materia de IS en relación con entidades que tributen en régimen de consolidación fiscal** (la comprobación de la entidad dominante y del grupo se realizará en un único procedimiento, entendiéndose que cualquier actuación de comprobación realizada respecto de la entidad dominante tendrá eficacia interruptiva para todas las dependientes, etc.).

Por lo que respecta al **Reglamento del ITPyAJD, se regula un nuevo procedimiento de autoliquidación para los supuestos de adquisiciones de un gran número de bienes muebles a particulares**, cuando dichas adquisiciones se realicen de manera continuada en el tiempo. En concreto, se faculta a los adquirentes a presentar liquidaciones mensuales comprensivas de todas las transacciones del mes cuando haya más de 100 adquisiciones mensuales y siempre que el importe mensual de cada adquisición no supere 1.000 euros.

CAMBIOS EN LOS REGLAMENTOS DE DESARROLLO DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, es objeto de desarrollo reglamentario a través de cuatro Reglamentos:

- El Reglamento general del régimen sancionador tributario, aprobado por Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre (Reglamento Sancionador);
- El Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (Reglamento de Revisión);
- El Reglamento general de recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (Reglamento de Recaudación), y
- El Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (Reglamento de actuaciones y procedimiento de gestión e inspección).

Los citados Reglamentos han sido objeto de modificación a través de cuatro de los seis Reales Decretos de 29 de diciembre de 2017, que fueron objeto de publicación el 30 de diciembre. Se analizan a continuación las novedades más relevantes operadas por la modificación normativa.

Principales modificaciones introducidas en el Reglamento Sancionador por el Real Decreto 1072/2017, de 29 de diciembre

En materia sancionadora, las modificaciones más relevantes son las siguientes:

1. Hasta ahora, presentar por otros medios autoliquidaciones, declaraciones u otros documentos para los que se establecía la presentación telemática de forma obligatoria, era una conducta infractora susceptible de ser sancionada con multa pecuniaria

“En el caso de los procedimientos de embargo, si la Administración tiene constancia de la existencia de una cuenta o depósito en una entidad de crédito, debe emitir la correspondiente diligencia de embargo identificando la cuenta o depósito”

de 250 euros. Tras la modificación normativa, **no será sancionable dicha conducta, siempre que cumpla con la obligación de presentación telemática antes de ser requerido para ello por la Administración o de que se haya iniciado el correspondiente procedimiento sancionador.**

2. **Se desarrollan las sanciones específicas asociadas a conductas infractoras derivadas del incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de las obligaciones derivadas del sistema de Suministro Inmediato de Información en el IVA (SII), con el fin de aclarar las dudas que había suscitado su aprobación.** A estos efectos, se define el concepto de “retraso” en la llevanza de los libros a través de la sede electrónica, a efectos de diferenciar esta conducta de la omisión total en la llevanza, y se aclara que la multa pecuniaria del 0,5% sólo es aplicable a los supuestos relativos a los libros registros de facturas expedidas y emitidas, y no al resto de libros exigidos por la norma.
3. Es práctica habitual de la inspección iniciar la tramitación de los expedientes sancionadores tras la incoación de las actas y sin esperar a que se practique el correspondiente acuerdo de liquidación. Esto ha dado lugar, en el pasado, a supuestos de caducidad del procedimiento sancionador si el

inspector jefe ordenaba completar el expediente del procedimiento de comprobación (recordemos que los procedimientos sancionadores han de concluir en un plazo de seis meses desde su inicio). Con el fin de evitar dichas situaciones, que impedían a la Administración exigir las correspondientes sanciones, **se considera una interrupción justificada del procedimiento sancionador el tiempo que dure la referida compleción del expediente en sede del procedimiento inspector.**

4. Por último, **se adapta la regulación del procedimiento sancionador a la nueva regulación legal de la tramitación del delito fiscal en sede administrativa.**

PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO DE REVISIÓN POR EL REAL DECRETO 1073/2017, DE 29 DE DICIEMBRE

Por lo que se refiere al Reglamento de Revisión, una de las novedades más relevantes que, a nuestro entender, se introducen es la de que, por primera vez, **se concretan reglamentariamente criterios para la determinación de las cuantías en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas.** De este modo, se vienen a plasmar normativamente las reglas que, en la práctica, habían venido siendo

aplicadas por los Tribunales Económico-Administrativos para fijar las cuantías.

Además, **se ofrecen reglas cuantitativas para fijar el importe de la eventual condena en costas que, en vía administrativa, podría ser impuesta al reclamante que vea desestimadas íntegramente sus pretensiones, de apreciarse por el órgano económico-administrativo temeridad o mala fe al promover el recurso o reclamación.** Así, las costas se cuantificarán en el 2% de la cuantía de la reclamación, con un mínimo de 150 euros para las reclamaciones o recursos resueltos por un órgano unipersonal y de 500 para los que se resuelvan por órgano colegiado.

Por último, y aun cuando se regulan otras novedades, creemos de interés resaltar la introducción de una regulación expresa del **procedimiento a seguir por el órgano económico-administrativo cuando entienda que procede el planteamiento de una**

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dicha regulación viene a confirmar la posibilidad de que los Tribunales Económico-Administrativos, aun cuando sus resoluciones sean susceptibles de ulterior recurso en vía jurisdiccional, eleven sus dudas acerca del acomodo a derecho comunitario de una norma interna o acerca de la interpretación que se deba realizar de dicha norma interna para no vulnerar el derecho comunitario. Y ello a pesar de haber sido rechazada por dichos órganos en los últimos 20 años (nótese a estos efectos que hay pocos precedentes, entre ellos, el del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña que, en diciembre de 1997, planteó una cuestión prejudicial al entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Gabalfrisa C-110/98 a 147/98 acumulados o, más recientemente, el del Tribunal Económico Administrativo Central, en el caso del fondo de comercio financiero, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Principales modificaciones introducidas en el Reglamento de Recaudación por el Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre

En virtud del Real Decreto 1071/2017 se aprueban una serie de **modificaciones en el Reglamento de Recaudación que tienen como fin último la lucha contra el fraude en el ámbito recaudatorio y el aseguramiento del cobro de la deuda tributaria por parte de la Administración.** Además de varias modificaciones de carácter puramente técnico se regulan las siguientes cuestiones:

1. **Se fijan los supuestos en los que se inadmitirán los pagos en especie.** Esto es relevante por cuanto que la inadmisión determinará que la solicitud se tenga por no presentada a todos los efectos, pudiendo dar lugar a la iniciación del correspondiente procedimiento ejecutivo para reclamar el pago de la deuda.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- DELGADO GARCÍA, ANA M^a. OLIVER CUELLO, RAFAEL. QUINTANA FERRER, ESTEBAN. *Actividades de impuestos. Un enfoque por competencias*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor, S.L. 2010
- MARTÍNEZ-PINA, ANA M^a. *La reforma contable y su proyección sobre la normativa mercantil y fiscal*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. Barcelona. 2008
- DELGADO GARCÍA, ANA M^a. OLIVER CUELLO, RAFAEL. *Administración electrónica tributaria*. Ed. JM Bosch Editor, S.L. 2009

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- DELGADO PACHECO, ABELARDO. *La reforma de la ley general tributaria*. Economist&Jurist N° 195. Noviembre 2015. (www.economistjurist.es)
- SENDÍN CIFUENTES, JUAN LUIS. *El adelanto de la segunda parte de la reforma tributaria del IRPF a 2015*. Economist&Jurist N° 194. Octubre 2015. (www.economistjurist.es)
- BALCELLS IRANZO, SALVADOR. *Principales novedades tributarias para el año 2016*. Fiscal-Laboral al Día N° 242. Febrero 2016. (www.fiscalaldia.es)

2. Se **regula expresamente la posibilidad de que se compensen de oficio las cantidades a ingresar y a devolver relativas a obligaciones tributarias conexas que pudieran surgir como consecuencia de la ejecución de la resolución de un recurso administrativo.** Igualmente se prevé la compensación de los intereses de demora (a favor y en contra) del obligado tributario.
3. **En el caso de los procedimientos de embargo, si la Administración tiene constancia de la existencia de una cuenta o depósito en una entidad de crédito, debe emitir la correspondiente diligencia de embargo identificando la cuenta o depósito.** A partir de ahora, dicho embargo podrá extenderse, sin necesidad de identificación previa, a cualesquiera otros bienes de los que el obligado al pago sea titular en la misma entidad, facilitando así a la Administración el cobro de lo adeudado.
4. Se establece la obligación, en su caso, de **manifestar la conformidad expresa en el trámite de audiencia abierto en el marco de un procedimiento de derivación de responsabilidad para poder disfrutar de las reducciones correspondientes.**
5. Por último, **se regulan las particularidades en materia de declaración de responsabilidad asociadas a la liquidación vinculada a delito contra la Hacienda Pública.**

Principales modificaciones introducidas en el Reglamento de actuaciones y procedimiento de gestión e inspección por el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre

Por último, y por lo que se refiere a la modificación del Reglamento de actuaciones y procedimiento de gestión e inspección, dos son los aspectos que en nuestra opinión merecen ser resaltados:

1. En primer lugar, **se adapta el texto reglamentario a la nueva regulación del plazo de duración de las actuaciones de comprobación e inspección incluida en la Ley General Tributaria,** para sustituir las anteriores referencias a interrupciones justificadas y a dilaciones no

imputables a la Administración por los supuestos de suspensión y de extensión del plazo de duración de las actuaciones.

En segundo lugar, **se adapta el Reglamento a la nueva tramitación administrativa del delito contra la Hacienda Pública prevista en la Ley General Tributaria.** En particular, se indica que **la Administración podrá apreciar la existencia de indicios de delito en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, se hubiera impuesto sanción,** y se regula el procedimiento a seguir cuando dichos indicios se aprecien en el marco de una comprobación inspectora en curso. ■



CONCLUSIONES

- La mayor parte de las modificaciones referidas tienen por objeto simplificar la gestión tributaria y reducir la carga administrativa del contribuyente. Y, en el caso del IRPF, además, incluir ciertos aspectos que reducen la factura fiscal del contribuyente
- Puede apreciarse cómo el objetivo de la mayor parte de estas modificaciones hacer coherentes los Reglamentos de desarrollo de la LGT con la propia norma, tras las importantes modificaciones incorporadas a ésta en 2015, concretando y completando algunos de los aspectos que precisaban de una regulación más detallada

LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO



Natalia Astigarraga Bronte. Asociada de Cremades & Calvo-Sotelo

SUMARIO

1. Introducción: El nuevo escenario tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015
2. Las indemnizaciones por causa de muerte
3. Las indemnizaciones por secuelas
4. La cuantificación del período de incapacidad temporal
5. Los traumatismos menores en el nuevo sistema

La entrada en vigor el 1 de enero de 2016 de la 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, más conocido como baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, ha supuesto un nuevo escenario en el que han aparecido nuevos posibles reclamantes a la vez que las indemnizaciones se han visto incrementada, especialmente para los afectados por el fallecimiento de miembros de su entorno familiar y para los grandes lesionados, víctimas más vulnerables del sistema antiguo.

El ámbito de aplicación no ofrece dudas. Este sistema es de aplicación obligatoria para el cálculo de las indemnizaciones resultantes de accidentes de circulación, **siempre que el accidente haya ocurrido con posterioridad al 1 de enero de 2016.**

Los reclamantes serán por un lado las propias víctimas, dentro de las que se incluyen los ciclistas, motoristas, conductores de vehículos siempre que su conducta no haya causado de forma exclusiva el accidente, **los ocupantes de los vehículos y los**

familiares de quien haya resultado fallecido.

Empezando por éstas últimas indemnizaciones, las derivadas de causa de muerte, si bien no se exige el vínculo familiar per se, lo cierto es que los re-

clamantes por el fallecimiento forman parte de un grupo tasado que ofrece una vía de escape, la cuál detallaremos a continuación, pero que se incardinan en el entorno familiar.

Los reclamantes en casos de muerte serán de este modo perjudicados por el fallecimiento (i) el cónyuge o pareja de hecho estable, (ii) ascendientes (progenitores o abuelos, en caso de premoriencia de los primeros), (iii) descendientes (hijos-nietos, siguiendo el mismo criterio anterior), (iv) hermanos y allegados.

La figura del “allegado” es especialmente novedosa, y permite reclamar a quien compartiera una relación asimilada a la familiar con el fallecido, pero sin que existiera ese vínculo biológico. No obstante lo anterior, se exigen cierto requisitos tales como acreditar la convivencia con la persona fallecida de al menos cinco años inmediatamente anteriores al accidente y que existieran especiales lazos, bien por parentesco aunque no formara parte de las categorías anteriores o bien por afectividad.

Otros factores con especialmente relevantes a la hora de calcular las indemnizaciones por causa de muerte. Por un lado, **los años de matrimonio operan como criterio de incremento**

“La pérdida del feto también se indemniza en una cuantía de 15.000 € si el feto tenía menos de 12 semanas y de 30.000 € en caso contrario”

LEGISLACIÓN

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. Marginal: 6927861). Art.; 101
- 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. Marginal: 69726904). Art.; 49
- Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. (Legislación. Marginal: 70389819)

de la cuantía indemnizatoria para el conyuge o pareja de hecho, mientras que la edad del perjudicado para hijos y hermanos, así como la del fallecido en los supuestos en los que el perjudicado sea el cónyuge viudo o el ascendiente.

En la Tabla 1A se exponen las diferentes cuantías, atendiendo las mismas únicamente al *daño moral* que causa el fallecimiento del ser querido. El daño patrimonial, también ha supuesto un gran avance, detallaremos a continuación sus reglas de cuantificación.

INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE TABLA 1A
Perjuicio Personal Básico

Categoría 1. El cónyuge viudo	2016	2018
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años	90.000 €	90.225 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años	70.000 €	70.175 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía más de años	50.000 €	50.125 €
Por cada año adicional de convivencia o fracción con independencia de la edad de la víctima	1.0000 €	1.002,5 €
Categoría 2. Los ascendientes		
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía hasta 30 años	70.000 €	70.175 €
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años	40.000 €	40.100 €
A cada abuelo, sólo en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar	20.000 €	20.050 €
Categoría 3. Los descendientes		
A cada hijo que tenga hasta 14 años	90.000 €	90.225 €
A cada hijo que tenga desde 14 hasta 20 años	80.000 €	80.200 €
A cada hijo que tenga desde 20 hasta 30 años	50.0000 €	50.125 €
A cada hijo que tenga más de 30 años	20.000 €	20.050 €
A cada nieto, sólo en caso de premoriencia del progenitor hijo del abuelo fallecido	15.000 €	15.037,5 €
Categoría 4. Los hermanos		
A cada hermano que tenga hasta 30 años	20.000 €	20.050 €
A cada hermano que tenga más de 30 años	15.000 €	15.037,5 €
Categoría 5. Los allegados		
A cada allegado	10.000 €	10.025 €

Las anteriores cuantías, sin embargo, se han visto incrementadas en el año 2017 y 2018 y se estima que cada año se verán afectadas al alza con ocasión del nuevo criterio introducido en esta materia por la Ley 35/2015 y que vincula las indemnizaciones a los Presupuestos Generales del Estado.

En este sentido, el nuevo baremo ha sustituido radicalmente esta referencia al IPC por la facultad del Gobierno para fijar la correspondiente revalorización y lo ha hecho a través de la introducción del artículo 49 en la LRCSCV, el cual señala que las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en

sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del Índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Dicha revalorización, tanto en el año 2017 como en el año 2018 ha sido del 0.25%.

Las anteriores cuantías indemnizatorias pueden verse incrementadas por circunstancias especiales, tanto de la persona fallecida como de los perjudicados. De este modo, la Tabla 2A contempla determinadas **situaciones que por la vulnerabilidad que pudiera suponer la pérdida del ser querido**, tales como la dicacidad física, intelectual o sensorial del perjudicado, así como la convivencia del perjudicado con la víctima, con exclusión del cónyuge y los hijos menores de 30 años respecto a los cuáles se presume la convivencia.

La existencia de un único perjudicado en cada categoría supondrá un incremento de la indemnización de la Tabla 1A del 25%. Operará igual porcentaje de incremento cuando exista un único perjudicado por el fallecimiento, siendo la cuantía incrementada en los casos en los que haya fallecido el progenitor único, ambos progenitores fallecieran en el mismo accidente o falleciera el único hijo/a.

El fallecimiento de víctima embarazada supondrá igualmente un incremento de 15.037,5 € en 2018 si el feto acaeciera en las primeras 12 semanas y de 30.075 € si fuera con posterioridad.

El perjuicio patrimonial derivado del fallecimiento ha supuesto la introducción de tablas actuariales que atendiendo a los ingresos netos de la víctima y a la edad del perjudicado, pretenden resarcir ese daño económico que el fallecimiento comporta al entorno familiar.

Se contemplan a efectos de resarcimiento del lucro cesante situaciones reales que se ignoraban en el anterior sistema, tales como la víctima con dedicación exclusiva o parcial a las tareas del hogar o la víctima en situación de desempleo.

La regulación de las indemnizaciones por secuelas, se sustenta en un amplio catálogo de perjuicios y necesidades

“La figura del “allegado” es especialmente novedosa, y permite reclamar a quien compartiera una relación asimilada a la familiar con el fallecido, pero sin que existiera ese vínculo biológico”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2011, núm. 627/2011, N° Rec. 1322/2008, (Marginal: 2315699)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2010, núm. 701/2010, N° Rec. 2051/2010, (Marginal: 2251443)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2008, núm. 691/2008, N° Rec. 2541/2003, (Marginal: 200789)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de julio de 2008, núm. 682/2008, N° Rec. 1927/2002, (Marginal: 229585)

producidas por aquéllas y entendidas como lesiones permanentes no susceptibles de curación.

A cada secuela se atribuye una horquilla de puntuación cuya fijación concreta dependerá de la gravedad o intensidad de la secuela. Se incluye por tanto un baremo de carácter eminentemente médico que sirve de guía para que aquellos profesionales puedan determinar el número de puntos que las secuelas comportan. El número de secuelas supondrá una cuantía indemnizatoria concreta, que se obtiene de la Tabla 2B.

Especial mención merecen el tratamiento jurídico que se da tanto a las secuelas concurrentes y que no es novedoso, relativo a aquellas secuelas distintas pero derivadas del mismo accidente y cuyo cálculo se realizará mediante una fórmula, llamada Fórmula de Baltazar. **Las secuelas inter-agratorias sí**

comportan una novedad respecto al anterior sistema y se refieren a secuelas derivadas del mismo accidente que afectan a funciones comunes y que producen una recíproca influencia agravando significativamente a cada una de ellas.

Las secuelas previas que se ven agravadas por el accidente también están previstas y se miden con la puntuación asignada específicamente para ellas en el baremo médico de la Tabla 2A.

El perjuicio estético se valora de forma independiente al perjuicio funcional y está dividido en seis categorías que abarcan desde el grado ligero al grado importantísimo. El artículo 101 de la Ley 35/2015 define el perjuicio estético como aquel que consiste en cualquier modificación que empeora la imagen de la persona, comprendiendo tanto la dimensión estática como la dinámica.

CAPÍTULO ESPECIAL: PERJUICIO ESTÉTICO

Ligero	1-6
Moderado	7-13
Medio	14-21
Importante	22-30
Muy importante	31-40
Importantísimo	41-50

Tal y como ocurriera con las indemnizaciones por causa de muerte, se contemplan especiales situaciones que supondrán un incremento en la indemnización.

Nos referimos a los daños morales complementarios tanto por perjuicio psicofísico como por perjuicio estético o por pérdida de calidad de vida ocasionada por

las secuelas, contemplándose en este caso cuatro grados que abarcan desde el muy grave hasta el leve, cada uno de ellos indemnizado con horquillas económicas, como se muestra a continuación:

PERJUICIO MORAL POR PÉRDIDA DE CALIDAD DE VIDA OCACIONADA POR LAS SECUELAS

Muy grave	De 90.000€ hasta 150.000 €
Grave	De 40.000 € hasta 100.000 €
Moderado	De 10.000 € hasta 50.000 €
Leve	De 1.500 € a 15.000 €

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- LLORENS MARTÍNEZ, ALBERT. *¿Cómo reclamar por un accidente de tráfico?.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2007
- MOREIRO GONZALEZ, CARLOS. *Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2012

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- TERUEL IZQUIERDO, DANIEL. *La responsabilidad patrimonial en los accidentes de tráfico.* Economist&Jurist N° 209. Abril 2017. (www.economistjurist.es)
- LÓPEZ MUÑOZ, CARMEN V. *Cómo reclamar las lesiones causadas en accidentes de tráfico que revisten trascendencia penal.* Economist&Jurist N° 184. Octubre 2014. (www.economistjurist.es)

La pérdida del feto también se indemniza dentro de la Tabla 2B en una cuantía de 15.000 € si el feto tenía menos de 12 semanas y de 30.000 € en caso contrario.

Especial mención merece la actual regulación del perjuicio patrimonial de las secuelas. **El daño emergente, por lado, recoge los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, fijándose importes máximos por secuela, las indemnizaciones por prótesis y órtesis, la rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, las ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal, la adecuación de vivienda, los incrementos de los costes de movilidad y la ayuda de tercera persona.**

La ayuda de tercera persona es sin duda una de las grandes novedades y compensa el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando las secuelas que sufre suponen una pérdida de autonomía personal.

Respecto a la fórmula de cálculo, debemos atender a la Tabla 2C2, la cuál fija un número de horas diarias concretas o bien, un rango de horas, que se estima que el lesionado necesita dependiendo de la secuela. Una vez conocido el número de horas, recu-

rriremos a la Tabla 2C3 para conocer, dependiendo del número de horas y la edad del lesionado, la indemnización que procederá por este concepto.

A modo de ejemplo veremos a continuación que se estima que una víctima que sufre como consecuencia del accidente, Paraplejia D1, precisará entre 6 y 7 horas de ayuda de tercera persona diarias. Si la edad de la víctima es de 1 año, la indemnización que percibirá por este concepto será la suma global de 382.341,38 €. Por el contrario, si la edad del lesionado es de 28 años, percibirá la suma global de 269.973,17 €.

En lo que respecta al lucro cesante, las Tablas 2C4, 2C5, 2C6, 2C7 y 2C8 contemplan las indemnizaciones por incapacidad para realizar cualquier trabajo o actividad profesional, para realizar su trabajo o actividad habitual, la incapacidad que ocasiona una disminución parcial de ingresos en el ejercicio de su trabajo o actividad habitual, por incapacidad absoluta o permanente de lesionado pendiente de entrar en el mercado laboral, respectivamente.

La indemnización por lesiones temporales mantiene un sistema similar al anterior, determinando una cuantía indemnizatoria diaria en función de la afectación que la lesión temporal comporta en la calidad de

vida del lesionado, comprendiendo cuatro grados: ligero, moderado, grave y muy grave.

Se indemnizará en una cuantía que oscila entre 400 y 1.600 € por cada intervención quirúrgica a la que le lesionado se haya sometido, otra de las novedades de la nueva ley.

Respecto al perjuicio patrimonial, éste será indemnizando en su cuantía real y estará sujeta a acreditación documental tanto respecto al lucro cesante, gastos diversos resarcibles derivados del accidente y gastos sanitarios durante el periodo de incapacidad temporal.

Por último, **especial mención merecen las reclamaciones derivadas de traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, en cuyo caso se indemnizarán como lesiones temporales, siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad.** La secuela que derive de un traumatismo cervical menor se indemnizará sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal. ■

CONCLUSIONES

- De todo lo anterior se desprenden dos conclusiones, la primera es la innegable mejora en términos cuantitativos que el nuevo sistema incorpora, y la segunda, la actualización de las cuantías de forma anual, siguiendo como criterio la revalorización de las pensiones, abandonando en consecuencia el IPC como punto de referencia
- En suma, con el nuevo sistema el derecho de las víctimas de accidentes de tráfico a exigir la íntegra compensación por los daños sufridos al responsable o en su caso, a su compañía aseguradora, atendiendo al principio que inspira el sistema y que comporta la *'restitutio in integrum'* o restitución íntegra está dejando de ser un concepto jurídico para convertirse en una realidad

MODELO DE RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRÁFICO

D./Dña.

Dirección a efectos de notificaciones.

Teléfono.

A la atención de Compañía de Seguros XXXXXXXXXXX, con domicilio en XXXXXXXXXXX.

Por medio de la presente escrito le pongo en su conocimiento la ocurrencia de un accidente de circulación en fecha XXXXXXXX en XXXXXX, causado por el vehículo asegurado por su compañía.

Respecto a las circunstancias del accidente, el día XX a las XX horas XX en XX, cuando conducía/circulaba como pasajero en el vehículo modelo XX, matrícula XX, titularidad de XX (en caso de no ser el propietario indicar que conducía el vehículo debidamente autorizado por el propietario) asegurado en la compañía XX, sufrí un accidente de tráfico consistente en XX al colisionar con el vehículo modelo XX, matrícula XX conducido por D./Dña. XX, con cobertura de responsabilidad civil obligatoria del automóvil cubierta por su compañía XX de conformidad con póliza número XX.

Los hechos sucedieron tal y como se describen a continuación: XXXXXXXXXXX.

Se adjunta la copia de la declaración amistosa del accidente, informe o atestado policial.

A consecuencia del accidente, he sufrido los siguientes daños, tanto personales como patrimoniales que se detallan a continuación:

- Lesiones temporales: indicar el periodo durante el cuál el lesionado estuvo imposibilitado para realizar sus ocupaciones habituales)
- Secuelas: deberán haber sido valoradas por perito médico experto en Valoración del Daño)
- Gastos médicos: deberá indicarse el concepto y el importe desembolsado por quien lo reclamada, bien el lesionado o bien algún familiar por cuenta del primero)
- Otros Gastos derivados del accidente: deberán indicarse en este apartado otros gastos tales como ropa dañada en el accidente, gafas, gastos de desplazamiento para acudir a citas médicas, gastos farmacéuticos o de ortopedia y todos aquellos derivados del accidente.
- Lucro cesante por la pérdida de ingresos: Se reclamará por este concepto tanto el lucro cesante derivados del periodo de incapacidad temporal como de las secuelas.
- Otros daños personales o patrimoniales que pudieran haber sido consecuencia del siniestro.

Por dichas lesiones y daños patrimoniales deberé ser indemnizado/a con arreglo a lo establecido en el Anexo del TRLRCSVM.

Acredito dichos perjuicios con los siguientes partes e informes médicos.

Pongo estos hechos en su conocimiento a los efectos previstos en el artículo 7.2 de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

A la espera de sus noticias, reciba un saludo:

En XXXXX a XXXXX de XXXXX de XXXXX

¿QUIERES PARTICIPAR EN EL MÁSTER JURÍDICO Nº 1 DE ESPAÑA
SEGÚN EL RANKING DEL DIARIO **EL MUNDO** ?

Elige tu opción:

- **Grado:**
 - Doble Título: Grado en Derecho + Máster en Abogacía Internacional
- **Posgrado:**
 - Doble Título: Máster de Acceso + Máster en Abogacía Internacional
 - Máster en Abogacía Internacional

- ➔ El único centro constituido por más de 200 firmas de despachos de abogados
- ➔ Mejor Máster en Abogacía Internacional de España según el Ranking del diario EL MUNDO 2017
- ➔ Prácticas garantizadas en grandes firmas y despachos. 95 % de índice de inserción laboral



ISDE, 1º de Europa y 2º del mundo, en número de programas referenciados en el ranking "Innovative Law Schools" publicado por Financial Times



LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CUSTODIA COMPARTIDA: RESEÑAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO



Jorge Martínez Martínez. Abogado de Familia

SUMARIO

1. STS 434/2016, de 27 de junio: límite de un año
2. STS 522/2016, de 21 de julio: límite de 2 años
3. SSTS 545/2016 Y 553/2016, de 16 de septiembre: limitación de un año
4. STS 42/2017, de 23 de enero: límite de 3 años

Una vez que la custodia compartida se ha asentado como regla general (recordemos que todo arranca con la STS 257/2013, de 29 de abril), necesariamente deben equipararse también el resto de medidas derivadas de la ruptura familiar. Y en ello anda enfrascado el TS, que consolida con cada vez mayor contundencia el que la vivienda familiar solo esté vinculada al uso durante un tiempo determinado. ¿El motivo? Que desaparece esa conceptualización de la vivienda familiar como tal y que ambos ex cónyuges deben eliminar, en la medida de lo posible, todo lazo económico común que pudiera perjudicar a los hijos que estuvieran bajo su cuidado y custodia.

El art. 96.1 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al

hijo y al cónyuge en cuya compañía queden. Pero en el caso de que se hubiera establecido la custodia compartida, la norma que debe

aplicarse analógicamente es la del art. 96.2 CC que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de

un progenitor, y otros bajo la del otro, norma que permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias de cada caso, con especial atención a dos factores: el interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y si la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

Diferentes resoluciones de nuestro Alto Tribunal así se han pronunciado, consiguiendo restar el atractivo económico siempre derivado de las separaciones y que genera más de un quebradero de cabeza tanto a las partes como a los profesionales. Así, podrían destacarse las siguientes:

“El art. 96.1 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden”

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

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 96, 142 a 153

STS 434/2016, DE 27 DE JUNIO: LÍMITE DE UN AÑO

Esta sentencia plantea la “pregunta del millón”: ¿Qué es lo procedente a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar y su posible limitación temporal? Pues bien, según el TS, habrá de estarse al caso concreto. Pero, como indica el FJ 1º de la sentencia que nos

atañe, “lo procedente” no es indicar que se protege el derecho del cotitular a disfrutar de la vivienda pero “se frustra su expectativa” cuando, a posterior, establece la limitación del uso a favor de la madre hasta la mayoría de edad de la hija, porque cuando esto ocurra ya no existirá una custodia compartida y la hija podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, apartando

“Con la guarda conjunta alternando el menor el domicilio de cada progenitor, no cabe hablar de atribución de uso de la vivienda a favor del menor, produciéndose la desafección del inmueble que, por tanto, deja de ser el domicilio conyugal”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2017, núm. 42/2017, N° Rec. 63/2016, (Marginal: 70367393)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de julio de 2016, núm. 522/2016, N° Rec. 3726/2014, (Marginal: 69941668)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2016, núm. 545/2016, N° Rec. 1628/2015, (Marginal: 70122001)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2016, núm. 434/2016, N° Rec. 1694/2015, (Marginal: 69940420)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2016, núm. 533/2016, N° Rec. 1866/2014, (Marginal: 70122006)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, núm. 257/2013, N° Rec. 2525/2011, (Marginal: 2426532)



al padre, cotitular de la vivienda, de su uso durante todo el tiempo que resta hasta que su hija alcance esa mayoría. Como refiere el mencionado FJ1º, “La ponderación de los intereses en juego no ha sido correcta pues en ningún caso se ha procurado una correcta armonización los intereses contrapuestos: el del cotitular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitirle disponer de ella, incluso en los periodos en que la hija permanecerá con él, y el de la hija a relacionarse con su madre en una vivienda, estando como está la esposa en mejor situación económica que el esposo para proporcionarla durante este periodo una vivienda adecuada a sus necesidades, sin poner en riesgo el régimen instaurado de custodia compartida pues ambos progenitores pueden responder al nuevo régimen que se crea con la medida”.

La verdadera armonización de los intereses de las partes la consigue el TS con la limitación temporal del uso de la vivienda a favor de la madre durante un año, pasado el cual la vivienda quedará desafectada de dicho uso: “El interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia. Es la esposa la que ha venido disfrutando del domicilio hasta ahora y la que se mantendrá en el mismo durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda”.

STS 522/2016, DE 21 DE JULIO: LÍMITE DE 2 AÑOS

Esta resolución recoge, casi en su literalidad, el contenido de la STS de 24/10/2014, al indicar que “Lo cierto es que el art. 96 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede

en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una **labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.**

Siendo pacífico que la atribución de la vivienda familiar debe hacerse con carácter temporal cuando rige la custodia compartida, se añade (FJ3º) un argumentario ciertamente clarificador: “[...] en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. **Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso**

“La verdadera armonización de los intereses de las partes la consigue el TS con la limitación temporal del uso de la vivienda a favor de la madre durante un año, pasado el cual la vivienda quedará desafectada de dicho uso”



a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda”. Utilizando términos vulgares, poco más o menos viene a decirnos nuestro TS que de igual forma que el progenitor “se buscó la vida” a la hora de procurarse vivienda digna, de igual forma debe hacerlo la progenitora que, además, cuenta con un período de 2 años para hacerlo.

De esa forma, limitando temporalmente el uso de la vivienda, se consigne conciliar, como ya refería la STS 624/2011, los legítimos intereses dominicales de los ex cónyuges, tomando siempre como referencia la necesaria protección del “favor filii”.

SSTS 545/2016 Y 553/2016, DE 16 DE SEPTIEMBRE: LIMITACIÓN DE UN AÑO

Una vez más, enlaza nuestro Alto Tribunal el establecimiento de la guarda conjunta con la limitación de uso del domicilio, en esta ocasión a un año. Así, se refiere en el FJ6º de la STS 553/2016 que “Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los

progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En conclusión, esta Sala debe declarar que la madre deberá abandonar la vivienda conyugal, en el plazo de un año”.

STS 42/2017, DE 23 DE ENERO: LÍMITE DE 3 AÑOS

Recoge esta sentencia el guante lanzado por la STS 434/2014 respecto a la limitación del uso de la vivienda familiar cuando existe custodia compartida. Así, nos encontramos con una resolución de apelación que fija que el uso de la vivienda familiar, titularidad privativa del esposo, sea a favor de la esposa hasta la mayoría de edad del hijo.

Nuestra resolución parte de la base de que, **con guarda conjunta alternando el menor el domicilio de cada progenitor, no cabe hablar de atribución de uso de la vivienda a favor del menor, produciéndose la desafectación del inmueble que, por tanto, deja de ser el domicilio conyugal.** Ello provoca que, para que pueda mantenerse el uso a favor de la esposa habrá de hacerse al amparo del art. 96 CC, en atención al interés más necesitado de protección.

Con todo, en el FJ2º.2., indica nuestra sentencia que diferir la extinción de uso a la mayoría de edad del hijo supone un agravio para el titular dominical que ve frustradas hasta entonces sus expectativas, toda vez que “alcanzada la mayoría de edad del hijo ya no cabe atribución de guarda y custodia del mismo, con lo que no es posible hacer depender la atribución del uso de la vivienda a



la madre de la situación económica de un hijo mayor de edad que, en caso de necesidad alimenticia, debe verla satisfecha por sus progenitores conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos (arts. 142 y ss CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derecho sobre la misma”.

Así, deja la resolución sin efecto la atribución de la vivienda hasta la mayoría de edad del hijo y la limita a 3 años, manifestando en su FJ2º.3., que, “Si el plazo se fija en tres años el menor, nacido el NUM000 de 2005, tendrá una edad en la que la cercanía entre domicilios de los progenitores no será ya relevante para la materialización de la

custodia compartida, y la madre habrá tenido tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, teniendo en cuenta los ingresos que percibiría al liquidarse la vivienda familiar, desapareciendo, por ende, la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria”. ■

MOD. MEDIDAS XXXXXX

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

... Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. ..., según se acreditará mediante la correspondiente comparecencia “apud acta”, y bajo la dirección letrada de ..., Abogado del ICAV, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que mediante el presente escrito, siguiendo expresas instrucciones de mi representado y al amparo de lo dispuesto por los arts. 770 y ss de la LEC vengo a formular **DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS ESTABLECIDAS EN LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS ANTES REFERENCIADOS CON FECHA FRENTE A DÑA.**, con domicilio a efectos de notificaciones en Calle de Madrid, todo ello en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO- D. ... y Dña. mantuvieron una relación de análoga afectividad a la matrimonial, fruto de la cual nacieron los menores ... y ..., que cuentan en la actualidad con 12 y 9 años de edad respectivamente.

Con fecha 18/05/2010 se dictó sentencia por este Juzgado en la cual se aprobaba el convenio regulador suscrito por las partes con fecha 10/04/2010 (**Documento nº 1**, designándose los archivos judiciales a los efectos adverbatorios pertinentes). Posteriormente, con fecha 30/4/2014 se dictó sentencia de modificación de medidas en los autos ut supra referenciados (**Documento nº 2**, dejando designados los archivos judiciales a los efectos probatorios oportunos), estableciéndose un régimen de guarda y custodia compartida por meses alternos para ... y ..., manteniéndose la atribución del domicilio familiar a favor de los menores y Dña.

SEGUNDO- Desde el dictado de la sentencia que nos ocupa, la evolución jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal respecto a la atribución de uso del domicilio familiar cuando existe guarda y custodia compartida ha sido clara, en el sentido de llegarse a la desafección del uso para, de esa forma, equiparar en derechos y obligaciones a ambos progenitores.

Iniciadora de la corriente jurisprudencial aplicable es la **STS 576/2014, de 22 de Octubre**, que deja sin efecto el uso y disfrute inicialmente fijado por no existir un progenitor que requiera de una especial protección, una vez que el menor tiene cubiertas sus necesidades de vivienda con uno y otro. Así, se contiene en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia que “de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que, adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir,

la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses". En la misma línea jurisprudencial anterior se pronuncia la **STS 434/2016, de 27 de Junio**, que indica que "Es la esposa la que ha venido disfrutando del domicilio hasta ahora y la que se mantendrá en el mismo durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas".

En la línea a lo anterior, también se pronuncia la **STS 215/2016, de 6 de Abril**, que refiere que "Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia 9 no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales"

En nuestro caso, nos encontramos con que ambos progenitores cuentan con posibilidades económicas para garantizar su necesidad de vivienda y la de ... y ... sin perjudicar al otro, habida cuenta de que ambos cuentan con empleo (al menos D. ABC, que trabaja desde hace años en el Ayuntamiento de Madrid). Es más, en su día buscó D. ..., como no podía ser de otra forma, vivienda en la que garantizar morada para sus hijos, residiendo en la actualidad también en Madrid. Acreditamos lo indicando mediante el **Documento nº 3** que, en bloque, contiene las 6 últimas nóminas de mi mandante, y como **Documento nº 4**, también en bloque, los 6 últimos pagos efectuados por mi mandante respecto a la hipoteca que grava la vivienda familiar, de la que a fecha 11/11/2016 resta pendiente de abono la cantidad de 45.531,16€.

En resumen, esa desafección del uso y disfrute de la vivienda familiar tiene su fundamento, como decíamos, en la guarda conjunta, marco en el que se comparten plenamente derechos y obligaciones respecto a los hijos. Y no existiendo un progenitor más necesitado de protección como para le sea atribuida la vivienda familiar, con la consiguiente limitación de derechos del otro progenitor, y toda vez que ambos cuentan con los medios precisos para subvertir sus propias necesidades, debe producirse la desafección del uso. Ello no significa que la desafección sea inmediata desde el dictado de la sentencia correspondiente, sino que puede fijarse un plazo prudencial pasado el cual la vivienda quede desafectada en cuanto al uso, en aras que el progenitor que pierda ese derecho de uso pueda tener tiempo para buscar la morada que tenga por oportuna.

TERCERO- En atención a la nueva doctrina pacífica del Tribunal Supremo en la materia, podría entenderse que únicamente con ello tendríamos motivo suficiente para proceder a la desafección del uso, en la línea del contenido de la **STS 449/2015, de 28 de Julio**, de tal forma que la vivienda quedara expedita para, en su caso, proceder a la extinción del pro indiviso existente. Pero no podemos dejar de lado qué posición han adoptado las partes al respecto, ya que Dña. ... no ha querido alcanzar acuerdo alguno respecto a la vivienda pese a los intentos de D. Es más, verbalmente tiene una actitud cambiante para con D. ..., ya que pasa de querer atribuirse la vivienda en propiedad, consolidando la totalidad del pro indiviso, a ofrecer a D. ... quedarse él con la vivienda. Pero, lo bien cierto, es que cuando llegaba el momento de consolidar alguna de las ofertas para que mi mandante pudiera estudiarlas con detalle se encontraba con el mutismo más absoluto.

En aras de intentar alcanzar una solución satisfactoria para todos, promovió D. ... solicitud de conciliación (**Documento nº 5**), que fue conocida por el Juzgado de Primera nº 2 de Madrid. Como puede verse en la solicitud promovida se ofrecían por mi mandante diferentes alternativas, siendo la primera de ellas que Dña... se adjudicase la vivienda y que, para el caso de no quererla, se la adjudicaba él en las mismas condiciones. Pero, el intento de conciliación finalizó sin avenencia (**Documento nº 6**), y pese a los posteriores intentos de diálogo de D. ... con Dña. ... no ha obtenido más respuesta que el silencio, no quedándole más alternativa que acudir al auxilio judicial para desbloquear la situación de inmovilismo de Dña. ...

CUARTO-. Cuando la Ley habla de alteración sustancial parece referirse a que ha de ser grave. Sin embargo, esa gravedad no se puede entender como un supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones a las que se quiere equilibrar.

La exposición de hechos que hemos efectuado en el presente escrito acredita la procedencia de estimarse la modificación de medidas hoy solicitada, que habrá de articularse conforme a los términos indicados en el suplico del presente escrito, toda vez que se cumplen todos los requisitos para ello:

- Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.
- Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
- Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio.
- Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de quien solicita la modificación.
- Que se acredite en forma por el progenitor que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

Tanto los hechos acaecidos como la evolución jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal deben llevar a la modificación de las medidas interesadas en el suplico del presente escrito. Tal y como dispone la **STS 242/2016, de 12 de Abril**, “A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil, en su última redacción establece que “Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”. Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “sustancial”, pero sí cierto”. Por tanto, siendo “cierta” la nueva doctrina del Tribunal Supremo respecto a la posibilidad de desafección del uso de la vivienda familiar cuando rija la custodia compartida, y habiéndose acreditado asimismo el resto de las circunstancias concurrentes, habrá de dejarse sin afección de uso la vivienda que, en el presente caso, constituyó en su día el domicilio familiar de Dña. ... y D. ..., quedando igualmente protegido el mejor interés ... y ...

A los hechos anteriores resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- I.** En virtud de lo establecido en el art. 61 de la LEC, será competente el Juzgado de Primera Instancia al que tengo el honor de dirigirme, por haber sido el que conoció del anterior procedimiento de entre las partes.

- II. *Ambas partes están legitimadas activa y pasivamente para intervenir en la litis, según reconoce el art. 10 de la LEC, debiendo comparecer con abogado y procurador según lo dispuesto por los arts. 23 y 31 de la LEC.*
- III. *Respecto a la modificación de las medidas definitivas, dispone el art. 775.2 de la LEC que estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 770 del mismo cuerpo legal.*
- IV. *Es precisa la presencia del Ministerio Fiscal en las presentes actuaciones, en atención a lo establecido por el art. 749.2 de la LEC.*
- V. *El art. 91 del Código Civil, que establece que “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos [...]. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.*
- VI. *Doctrina y jurisprudencia indicadas en el cuerpo del presente escrito y principio “IURA NOVIT CURIA”.*
- VII. *Conforme a lo dispuesto en el art.394 LEC, habrán de imponerse las costas a la parte demandada si se opusiera a la demanda y sus pretensiones fueran rechazadas.*

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito con sus copias y documentos que lo acompañan, y por formuladas las manifestaciones en el mismo contenidas, teniendo por interpuesta **DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS ESTABLECIDAS EN LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS ANTES REFERENCIADOS CON FECHA 30/04/2014 FRENTE A DÑA. EFG**, y previos los trámites legales oportunos, entre los que se expresamente solicito el recibimiento del pleito a prueba, se dicte sentencia estimando la presente demanda y acuerde que en atención al régimen de guarda y custodia compartida relativo a ... y ... indicado anteriormente, y en aplicación de la STS 576/2014, de 1 de Octubre, entre otras, la vivienda que fue familiar, sita en ..., de Madrid, quedará sin adscripción expresa en el plazo de 1 año desde la interposición de la presente demanda, debiendo desalojar la Sra...la vivienda pasado el plazo indicado. Siendo favorables al Sr. ... todos aquellos pronunciamientos a que derecho hubiere lugar, incluida la condena en costas para el caso de que la Sra. ...se opusiera a la presente demanda.

OTROSI PRIMERO DIGO que en este escrito se han intentado cumplir los requisitos exigidos en la Ley, por lo que en caso de haberse cometido algún defecto involuntario solicitamos se conceda plazo para su subsanación en atención al art. 231 LEC, por lo que **SUPLICO AL JUZGADO** se sirva por tener hecha la manifestación procedente.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que los efectos del art. 293 LEC, se solicita se oficie al Punto Neutro Judicial para que proceda a realizar averiguación de bienes, cuentas bancarias, depósitos y activos financieros de Dña. ..., provista del N.I.F. 123456789A, **SUPLICANDO AL JUZGADO** acuerde actuar conforme a lo solicitado.

OTROSÍ TERCERO DIGO que al amparo del art. 293 LEC, interesa al derecho de esta parte se requiera a Dña. ...a que aporte a las presentes actuaciones contrato de trabajo actual y 6 últimas nóminas, así como Declaraciones del I.R.P.F. correspondiente a los 3 últimos ejercicios, **SUPLICANDO AL JUZGADO** tenga a bien actuar conforme a lo solicitado.

En Madrid, ___ de _____ de _____

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo de Derecho Civil. 2ª Edición. Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014
- BARBERO, TERESA. GALÁN, CRISTINA. PEÑA, EDUARDO. GAJA, IRIS. *La nueva Ley del Divorcio*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2005

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- LÓPEZ, ROSA. *La vivienda familiar tras la separación*. Economist&Jurist N° 166. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Economist&Jurist N° 171. Julio-agosto 2013. (www.economistjurist.es)
- VIVES MARTÍNEZ, GEMMA. *Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia*. Economist&Jurist N° 113. septiembre 2007. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ GÁLVEZ, AROA. *Guarda y custodia paterna*. Economist&Jurist N° 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- La evolución doctrinal del Tribunal Supremo en un aspecto tan controvertido como el que nos ocupa, puede (mejor dicho, debería) resultar capital para reducir la litigiosidad y fomentar los acuerdos en los procesos de Familia. A nadie escapa que, durante años, uno de los principales atractivos que ofrecía el procedimiento contencioso de Familia era hacerse con el uso de una vivienda a un coste muy bajo y casi a perpetuidad, como “premio accesorio” a la obtención de la guarda y custodia
- Sin embargo, con la constante definición (desde la STS 257/2013, de 29 de abril) del marco de la guarda y custodia compartida como criterio general, y la también continuada labor definitoria del resto de elementos adyacentes (uso de la vivienda, pensión por alimentos limitada en el tiempo y en especie, etc.), se puede establecer, como regla general, que la custodia compartida no implica la atribución ilimitada del uso de la vivienda familiar, lo que acerca al equilibrio de fuerzas que debería existir (y producirse) en los procesos de Familia
- En definitiva, la doctrina de nuestro Alto Tribunal debería dar como resultado el cambio de la cultura jurídica española en Familia, de forma que cada vez nos alejáramos de los litigios y nos decantáramos por otras formas de solución del conflicto menos costosas desde el punto de vista económico, temporal y, fundamentalmente, emocional. En esencia, conseguiríamos un sistema mucho más efectivo

ACOSO LABORAL, ¿CÓMO PUEDEN DEFENDERSE LAS EMPRESAS?



Luis Pérez Juste. Socio de BROSETA. Director del área de Previsión Social

SUMARIO

1. El acoso laboral y su diferenciación con la conflictividad laboral
2. La dificultad probatoria del acoso laboral
3. Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral. Evaluación de riesgos
4. El despido disciplinario por acoso
5. Consecuencias del acoso laboral en la esfera del empresario. Responsabilidad solidaria entre el acosador y la empresa

En los tiempos actuales vivimos en entornos laborales complejos donde no siempre resulta sencillo identificar cuando nos encontramos o no ante situaciones de acoso laboral, o lo que es más conocido en nuestra jurisprudencia como “mobbing”.

La compra de compañías, la duplicidad de puestos y el posicionamiento de nuevos equipos directivos dentro de las empresas, entre otros aspectos, pueden generar este tipo de riesgos.

Por este motivo, es esencial diferenciar lo que es realmente una situación de acoso laboral de otro tipo de supuestos de hecho.

EL ACOSO LABORAL Y SU DIFERENCIACIÓN CON LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

A la hora de analizar las múltiples circunstancias que podrían calificarse

de irregulares dentro del seno de una empresa, una de las que más preocupan a las organizaciones son las relacionadas con el acoso entre miembros de su propio personal.

En primer lugar, y antes de profundizar en la cuestión, es imprescindible determinar qué se entiende por acoso laboral.

El acoso laboral viene a ser entendido como aquellos comportamientos dirigidos contra la víctima con la intención de humillar y descalificar a la misma.

Estas conductas pueden **consistir tanto en acciones como en omisiones**, esto es, conductas consistentes en agresiones físicas, verbales, ataques contra la reputación personal, o eliminación del apoyo que necesita el trabajador para llevar a cabo sus cometidos.

También se encuadra dentro del acoso aquellas conductas consistentes en la negación de la comunicación, la reducción de los contactos sociales, o simplemente la ignorancia.

Es claro, por tanto, que el bien jurídico protegido en los procedimientos judiciales que versan sobre supuestos de acoso laboral, es la dignidad del trabajador.

Dentro de los diversos aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de una situación de acoso, no podemos olvidar los conceptos ligados a:

“El principal criterio para distinguir el acoso del conflicto laboral, u otras situaciones, es la reiteración en el tiempo de las conductas hostiles”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (Legislación. Marginal: 286314). Art.; 181.2
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Legislación. Marginal: 6928292). Art.; 50



“Es al demandante a quien le corresponde evidenciar la existencia del acoso en el trabajo, y al demandado la adopción de medidas para evitar y paliar dicha situación”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de mayo de 2017, núm. 483/2017, N° Rec. 1096/2015, (Marginal: 70436818)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008, núm. 0/0, N° Rec. 2543/2006, (Marginal: 435368)



- *la frecuencia: es decir, que este tipo de tratos negativos se realicen de forma sistemática;*
- *la temporalidad: es decir, que se trate de conductas continuadas en el tiempo.*

A la hora de analizar si nos encontramos ante una situación de acoso en el entorno laboral, **es importante distinguir entre las situaciones que se corresponden con el acoso, de las situaciones derivadas de la conflictividad laboral.**

Por ello, **el principal criterio para distinguir el acoso del conflicto laboral, u otras situaciones, es la reiteración en el tiempo de las conductas hostiles**, no pudiendo calificarse como “*mobbing*” los comportamientos aislados.

LA DIFICULTAD PROBATORIA DEL ACOSO LABORAL

A la hora de probar la existencia de una actitud de acoso dentro del ámbito de la jurisdicción social **es al demandante a quien le corresponde evidenciar la existencia del acoso en el trabajo, y al demandado la adopción de medidas para evitar y paliar dicha situación.**

Desde un punto de vista empresarial, es recomendable que las empresas establezcan protocolos de actuación ante situaciones de denuncias de acoso laboral. Es habitual que algunos convenios colectivos aplicables a las empresas, incluso, regulen este tipo de procedimientos.

Sucede que, **si existe una investigación por parte de un tercero en donde se confirma la inexistencia del acoso laboral, ello podrá ser un elemento determinante a la hora de defender la posición empresarial en el ámbito judicial laboral.**

Debe señalarse que, de conformidad al artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, **en el supuesto de que el trabajador presente indicios razonables de una situación de acoso laboral ello generará una inversión de la carga de la prueba**, siendo la parte demandada la obligada a acreditar la inexistencia de una vulneración de un derecho fundamental.

En cuanto a los indicios utilizados habitualmente, podemos destacar:

- La entidad de la reiteración, persistencia y la proximidad y conexión lógica en el tiempo de los hechos y comportamientos probados.
- La existencia de animadversión o de un conflicto, enfrentamiento o tensión entre los presuntos sujetos activo y pasivo del acoso.

- La existencia de un trato distinto hacia el trabajador con respecto a otros empleados.

- La existencia de patologías u otros posibles efectos sobre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos llevados a cabo. Es habitual en este sentido que los trabajadores aporten un dictamen pericial médico para acreditar en este tipo de procesos las dolencias sufridas como consecuencia de la situación de acoso laboral.

Otro medio documental que puede presentarse en los procesos de acoso laboral es aquel que hace referencia a las actas de la Inspección de Trabajo. De esta manera, las denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo pueden ser muy relevantes en todo este tipo de procesos.

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL ÁMBITO LABORAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS

En la práctica, **las situaciones de acoso pueden derivar en acciones en las que el propio trabajador solicite la resolución de su contrato.** Y todo ello de conformidad a lo establecido en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

Es decir, que los incumplimientos del empresario son los que habilitan al trabajador a solicitar una rescisión indemnizada de su contrato de trabajo, así como una indemnización de daños y perjuicios derivados de una vulneración de derechos fundamentales.

Generalmente, **este tipo de acciones suelen derivarse de conductas ligadas a vaciamientos en el puesto**



de trabajo, cambio de funciones, que el trabajador ya no disponga de subordinados, etc.

Ahora bien, no es menos interesante el análisis que puede derivarse de los incumplimientos empresariales que nacen de situaciones límites en las que el empleado es incapaz de sobrellevar la carga de trabajo impuesta por su empleador.

En este sentido, el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona en su Sentencia de fecha 3 de noviembre del año 2014 analizó un supuesto en el que una trabajadora, tras una situación de Incapacidad Temporal, y después de haber denunciado un exceso de carga de trabajo, solicitaba una rescisión indemnizada de su contrato de trabajo al haber recibido más carga laboral después de todos estos hechos.

En concreto, **la demanda de ese supuesto pivotaba sobre dos extremos: (i) el incumplimiento empresarial derivado de la inexistencia de una evaluación de riesgos psicosociales, y (ii) la carga adicional de trabajo que había puesto a la trabajadora en una situación límite.**

Esta Sentencia es interesante ya que en la misma se estimó la demanda de extinción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, al no disponer la empresa de una evaluación de riesgos psicosociales en la que se hubiera podido haber previsto la sobrecarga de trabajo a la que estaba sometida la empleada.

Sin embargo, la Sentencia desestimó la pretensión adicional ligada a los daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales, no considerando una situación de acoso la sobrecarga de trabajo a la que había estado sometida la empleada.

EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR ACOSO

En algunas ocasiones las empresas reaccionan ante supuestos de acoso laboral a través de un despido disciplinario. Este puede ser un mecanismo adecuado para que la empresa no sea responsable de las consecuencias que se puedan derivar de una situación de acoso laboral.

No obstante, lo anterior, cuando una empresa identifica que efectivamente

se está produciendo una situación de acoso laboral debe actuar con rapidez.

En este sentido, **mal convive en este tipo de supuestos la celeridad con la que debe actuar el empresario con los Códigos de Conducta Empresariales o Convenios Colectivos en los que se establece un trámite de audiencia a favor del trabajador despedido.**

Es relevante el Auto del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo del año 2017 (JUR 2017/125363), el cual analizaba las consecuencias de no haber cumplido la empresa con lo previsto en el Código Ético de la empresa en donde se establecía lo siguiente:

“...el empleado recibirá notificación con anticipación y tendrá la oportunidad de explicar sus acciones...”

En ese supuesto, a pesar de las reiteradas faltas de respeto, comentarios negativos y discriminatorios que venía haciendo un trabajador a sus subordinados, se consideró el despido como improcedente.

Y todo ello por no haber cumplido la empresa con las reglas que se habían



establecido en el Código de Conducta, y que figuraban como documento anexo al contrato de trabajo del supuesto acosador.

CONSECUENCIAS DEL ACOSO LABORAL EN LA ESFERA DEL EMPRESARIO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE EL ACOSADOR Y LA EMPRESA

Otra cuestión que se puede plantear en este tipo de procedimientos es si existe responsabilidad solidaria de las empresas, cuando la empresa alega el desconocimiento de la situación de acoso laboral que estaba teniendo lugar.

Sobre esta cuestión se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de mayo de 2017 (Rec. 975/2016). En esta resolución se declara **la responsabilidad**

“En el supuesto de que el trabajador presente indicios razonables de una situación de acoso laboral, generará una inversión de la carga de la prueba”

solidaria de la empresa, ya que el trabajador demandante había formulado quejas ligadas a la situación de acoso y, sin embargo, la empresa no había adoptado ninguna medida de investigación.

Adicionalmente, en esta sentencia se recalca el deber de vigilancia que deben de tener los empleadores a los efectos de evitar situación de asfixiantes para los trabajadores.

En lo que hace referencia al empleado acosador, no está de menos el recordar la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en su sentencia de fecha 30 de enero de 2008, **donde se declara el litisconsorcio pasivo necesario de las personas físicas como sujetos responsables, junto con la empresa, de reparar el daño derivado de una vulneración de derechos fundamentales.**■



Formulario disponible en www.casosreales.es. (Marginal: 2463113)

**DEMANDA DE DESPIDO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
(MOBBING)**

AL JUZGADO DE LO SOCIAL DE..... QUE POR TURNO CORRESPONDA

Don *, mayor de edad, provisto de D.N.I. núm., con domicilio en.....
... .., calle....., comparece y como mejor proceda en Derecho, D I C E:

Que por medio del presente escrito, viene a interponer demanda en reclamación de **DESPIDO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES** contra la empresa....., dedicada a la actividad de....., con domicilio en....., calle....., así como el MINISTERIO FISCAL.

Demanda que basa en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.-Que viene trabajando por cuenta y órdenes de la empresa demandada desde el , en el centro de trabajo sito en , con la categoría profesional de y salario bruto mensual de

Se le aplica el Convenio Colectivo de.....

SEGUNDO.- Que con fecha..... ha recibido carta de despido de la empresa, con efectos a partir del....., en la que se alegan los siguientes motivos:

Carta que se adjunta a la presente demanda.

TERCERO.- Que los hechos alegados por la empresa en su carta de despido son falsos, no existiendo MÁS razón..... alguna para el despido que la intención por parte de la dirección de la empresa de resolver el contrato de trabajo.

CUARTO.- Todas estas actuaciones indican que mi cliente está sufriendo, en dicha empresa, ACOSO MORAL EN EL TRABAJO, lo que implica una violación de sus derechos fundamentales.

Tales hechos fueron puestos en conocimiento de la dirección de la empresa como responsable de la integridad de los trabajadores, tanto de forma verbal como por escrito, sin que la misma haya efectuado medida alguna tendente a eliminar esta situación.

Dicha agresión le está provocando en el interesado una situación de incapacidad temporal y tratamiento médico psiquiátrico/psicológico, ante la imposibilidad de curación de otro modo y la angustia de acudir al centro de trabajo. La situación de incapacidad temporal se mantiene desde el

.....El/la demandante denunció los hechos ante la Inspección de Trabajo en fecha.....

QUINTO.- Que ante el conocimiento de la situación de acoso en el trabajo, la dirección de la empresa ha optado por el despido del/de la trabajador/a acosado/a, participando de forma activa en dicho acoso. Concretamente,.....

SEXTO.- Que del/de la trabajador/a demandante solicita asimismo la condena a la empresa al pago de una INDEMNIZACIÓN por violación de derechos fundamentales de mi representado/a de euros, a tenor de los daños sufridos. Las actuaciones de acoso moral ejecutadas directamente por....., compañero/as de trabajo, y toleradas por la empresa demandada han producido -y continúan produciendo- en su persona graves daños tanto personales (físico-psíquicos y morales), como materiales o patrimoniales, cuya reparación es procedente de acuerdo con lo preceptuado en el art. 180 LPL.

La indemnización solicitada se ha calculado teniendo en cuenta los daños patrimoniales (lesión de la dignidad profesional de la trabajadora, vulnerando su estatus en el trabajo), los daños personales (daños biológicos, a su salud e integridad psicofísica) y los daños morales (a su dimensión moral o espiritual).

A estos efectos, son daños patrimoniales los ocasionados a la profesionalidad, económicamente evaluable en cuanto a parámetro esencial de la posición de valor económico en el mercado de trabajo ocupada por una persona ('cotización' de mercado). A este respecto hay que tener en cuenta que mi representado/a tiene y su capacidad de trabajo ha sido gravemente dañada por este acoso sistemático al que ha sido sometido/a con el consentimiento de la empresa. La unión de dichos factores y las graves secuelas que padece por el proceso sufrido, han mermado su probabilidad de encontrar otro puesto de trabajo igual al que ahora se le quiere injustamente privar.

Los daños personales consisten en todas aquellos efectos de minoración o alteración no sólo en la integridad psicofísica sino también, en congruencia con el concepto amplio de salud aceptado internacionalmente y recogido en la LPRL, el bienestar social en un ámbito organizativo dado, en este caso, la empresa. De ahí que se entienda, desde esta concepción global de la salud, comprendida en su ámbito de protección tanto las situaciones como las relaciones en que los trabajadores desenvuelven su propia personalidad dentro del conjunto de relaciones socio-profesionales constituidas en los lugares de trabajo, en cuanto estructura organizativa compleja.

En este apartado hay que reseñar que mi representado/a está de baja, como ya se ha indicado, desde el....., por lo que lleva en esa situación..... días, situación que ha venido causada por el acoso que a la misma ha sido sometido/a continúa en la actualidad y es previsiblemente de larga duración.

Los daños morales se han venido teniendo en cuenta en nuestra jurisprudencia social siguiendo muy de cerca las construcciones procedentes de nuestra doctrina civilista, que a su vez se han movido siguiendo muy de cerca los parámetros deducibles de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, si bien la conceptualización del daño moral se remonta a principios del siglo pasado (Sentencia TS, Sala 1ª, de 6 de diciembre de 1912). Desde esta perspectiva clásica, por daño moral puede entenderse una forma o modalidad singular (y, por tanto, dotada de cierta autonomía), de daño psíquico. A diferencia del daño biológico, esta modalidad se identificaría como un sufrimiento espiritual, intelectual o emocional producido, bien por una agresión directa a bienes materiales, bien por una agresión al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, dignidad), cuyo resultado es la generación de un desequilibrio espiritual y desarmonía humana intensos. Este daño se da siempre que se produce una vulneración de derechos fundamentales como es el caso. En estos casos, que ya tienen reflejo jurisprudencial, es indudable que existe derecho a una indemnización compensatoria cuando una valoración de conjunto de la conducta evidencie un atentado a la dignidad de la persona, aunque no exista daño a la salud o daño psico-físico, ni tampoco exista un concreto acto lesivo de la profesionalidad de la trabajadora. A esta indemnización se le viene asignando una finalidad compensatoria del bien lesionado, nunca resarcitoria, dado el carácter inmaterial e irrecuperable de éste, a diferencia de lo que sucede con la indemnización por daños patrimoniales.

SÉPTIMO.- Que considera que el despido sufrido por su representado/a es NULO ó, subsidiariamente, IMPROCEDENTE y pretende que la empresa así lo reconozca, indemnizando además a la misma en la cantidad de..... euros por la violación de sus derechos fundamentales.

OCTAVO.- Que se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación ante....., habiendo resultado el Acto..... Se adjunta copia certificada del acta.

Lo expuesto se basa en los siguientes:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

El/la demandante basa su pretensión en la Constitución Española, Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y demás normas concordantes aplicables.

Por lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO DE LO SOCIAL que, habiendo por presentada la demanda, se sirva admitirla y, en su virtud, señale día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio y, en su caso, celebrado éste, dictar en definitiva Sentencia por la que, estimando la demanda:

1º.-Declare la NULIDAD del despido por violación de derechos fundamentales, condenando a la empresa demandada a la readmisión del/de la trabajador/a, con abono de los salarios de tramitación, así como al pago al/ la trabajador/a de la cantidad de euros como INDEMNIZACION por los daños y perjuicios causados a la parte actora como consecuencia de las actuaciones anticonstitucionales descritas que constituyen vulneración de derechos fundamentales del/de la trabajador/a,

2º.-Subsidiariamente y para el caso de no estimar la anterior pretensión, declare la IMPROCEDENCIA del despido y condene a la empresa a readmitir a esta en su puesto de trabajo o indemnizarle con la cantidad legalmente establecida, abonándole en su caso los salarios de tramitación.

Es de Justicia que se pide en....., a..... de..... de.....

OTROSI PRIMERO DICE.- Que esta parte acudirá al acto de juicio con asistencia Letrada.

OTROSI SEGUNDO DICE.- Que para la práctica de la prueba de INTERROGATORIO DE LAS PARTES, con carácter indecisorio, interesa al derecho de esta parte la comparecencia al acto de juicio oral de representante legal de la empresa demandada, con poder para absolver posiciones, debiendo ser citado bajo apercibimiento de que podrá ser tenido por confeso en caso de incomparecencia.

OTROSI TERCERO DICE.- Que para la práctica de la prueba DOCUMENTAL, interesa al derecho de esta parte:

a. Se requiera de la empresa demandada para que aporte al acto de juicio oral los siguientes documentos:

- Recibos de salarios de la demandante correspondientes a toda su vida laboral en la empresa.
- Boletines de Cotización a la Seguridad Social de dicho período.
- Contrato de Trabajo del/la demandante.
- Los escritos de denuncia del acoso moral por parte de compañero/as de trabajo presentado por la demandante a la empresa demandada.

- b. Se libre atento oficio a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de..... para que remita a los autos el Informe realizado como consecuencia de la denuncia por acoso moral presentada por la actora.
- c. Se libre atento oficio al Juzgado de Instrucción nº de , a fin de que remita copia testimoniada de la denuncia verbal interpuesta por la demandante en fecha ante el Juzgado de Guardia y del procedimiento instruido como consecuencia de la citada denuncia (.....).
- d. Se libre atento oficio a la Policía....., a fin de que remita las denuncias interpuestas por la demandante con fechas

Por lo que,

SUPLICA AL JUZGADO DE LO SOCIAL que tenga por realizadas las anteriores manifestaciones y se sirva proveer conforme a lo solicitado, por ser de justicia que se reitera en los mismos lugar y fecha

Firma del demandante:

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Todo sobre el proceso laboral*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2009
- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Manual práctico de contratación laboral*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2007
- TUSET DEL PINO, PEDRO. *Manual práctico de formularios de derecho laboral*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2006

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ÁVILA GUTIÉRREZ, ANTONIO. *El delito de acoso laboral (mobbing) en el trabajo*.Fiscal-Laboral al Día Nº 200. Noviembre 2011. (www.fiscalaldia.es)
- PORTABELLA CORNET, INÉS. *Los nuevos delitos de acoso inmobiliario y acoso laboral*. Economist&Jurist Nº 147. Febrero 2011. (www.economistjurist.es)
- LÓPEZ CAPELLA, ELENA. *La prueba del Mobbing, acoso sexual: Búsqueda semiótica*. Economist&Jurist Nº 102. Julio-agosto 2006. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- El acoso laboral es aquel comportamiento dirigido contra una víctima con la intención de humillarla y descalificarla. El principal criterio para distinguir el acoso del conflicto laboral u otras situaciones es la reiteración en el tiempo de las conductas hostiles

LA INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA DE UNO DE LOS CÓNYUGES, RECOGIDA EN CONVENIO COLECTIVO, TIENE CARÁCTER PRIVATIVO, Y NO GANANCIAL



Sergio García Ruiz. Abogado de Sagardoy Abogados

SUMARIO

1. Sentencia de 14 de diciembre de 2017
 - a) El supuesto de hecho
 - b) La cuestión jurídica / Otros pronunciamientos semejantes
2. El único antecedente. (Sentencia de 25 de marzo de 1988)
3. Calificación de la indemnización por incapacidad permanente absoluta como bien privativo

La reciente Sentencia nº 668/2017, de 14 de diciembre, dictada por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, reunida en Pleno, contiene una interesante interpretación (y en cierto modo, reflexión) sobre si la indemnización por incapacidad permanente absoluta devengada por uno de los cónyuges, conforme a normativa convencional y antes del divorcio, tiene carácter ganancial o privativo dentro de la sociedad de gananciales por la que se regía el régimen económico matrimonial.

Como veremos más adelante, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el esposo contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, en la cual se incorporaba al inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio de los litigantes una indemnización por incapacidad absoluta percibida por éste.

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

El supuesto de hecho

El supuesto de hecho se inicia mediante demanda de divorcio presentada por la esposa en 2013 (el matrimonio se contrajo en 1989). Una vez presentada ésta, la esposa presenta solicitud de formación de inventario conforme al **art. 808 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)**.

Discrepa el esposo de la formación de inventario propuesta por la esposa pues, entre otros conceptos, la mujer pretende que la indemnización por incapacidad permanente absoluta percibida por el marido antes del divorcio integre la “masa ganancial” de la liquidación, y que no tenga consideración de bien privativo. Dicha indemnización fue abonada por una compañía aseguradora con la que la Empresa del esposo tenía concertada una póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro acaecido (la situación de incapacidad permanente absoluta del trabajador).

“Las cantidades percibidas en concepto de indemnización por uno de los cónyuges, en base a una póliza de seguros que cubre el riesgo de invalidez, no constituye un bien privativo, sino que se integra en el art. 1347 CC como bien ganancial”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Art.; 808
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 1346, 1347

La esposa defendía que dicha indemnización tenía carácter ganancial, conforme al listado de bienes gananciales recogidos en el **art. 1.347**

del Código Civil (CC)¹, al entender que dicha indemnización se percibía como “*beneficio social*” concedido por la Empresa al trabajador.

1 Artículo 1347 del Código Civil: “Son bienes gananciales:

1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.”

“La incapacidad permanente absoluta conlleva para el trabajador reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre de 2015, núm. 715/2015, N° Rec. 2833/2013, (Marginal: 69568388)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 28 de enero de 2015, núm. 27/1998, N° Rec. 224/1997, (Marginal: 70437160)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de octubre de Febrero, núm. 1552/2000, N° Rec. 4797/1998, (Marginal: 70437159)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2005, núm. 958/2005, N° Rec. 1701/1999, (Marginal: 242974)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de noviembre de 1993, núm. 668/2018, N° Rec. 1045/2015, (Marginal: 70429667)

Por el contrario, **el esposo defendía el carácter privativo del derecho**, conforme al **art. 1.346 CC²**, pues la indemnización había sido abonada por un seguro suscrito conforme a la obligación surgida del convenio colectivo, y como consecuencia de haber sido incapacitado para toda profesión,

siendo un bien inherente a la persona (en este caso “trabajador”) conforme al precepto civil aludido.

La cuestión jurídica

Una vez situados sobre las pretensiones de cada una de las partes, el primero

en pronunciarse fue el **Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Guadalajara en su Sentencia de 21 de mayo de 2014**. El juzgador estimó la demanda para formación de inventario de la esposa y, entre otras partidas, incluyó en el inventario de la sociedad de gananciales la indemnización por incapacidad permanente absoluta percibida por el esposo antes del divorcio (107.046,27 €/brutos).

El razonamiento que realiza la Sentencia de instancia **es que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por uno de los cónyuges, en base a una póliza de seguros que cubre el riesgo de invalidez, no constituye un bien privativo, sino que se integra en el art. 1347 CC como bien ganancial**, pues su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en el derecho al trabajo pero que no se confunde con éste al tratarse, en todo caso, de una consecuencia de tipo económico que se hace común al momento de percibirse por el beneficiario, ingresándose en el patrimonio conyugal.

La Sentencia fue objeto de Recurso de Apelación por el esposo. En su recurso, éste defendía que el Juzgado había fundamentado su resolución en una Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1988 que no era aplicable al supuesto de hecho, pues se trataba de una sentencia que interpretaba el régimen navarro de conquistas y, además, aportaba diversas sentencias dictadas por otras Audiencias Provinciales donde se recogía el carácter privativo de la indemnización objeto de litigio, **pues**

² **Artículo 1346 del Código Civil:** “Son privativos de cada uno de los cónyuges:

1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.

2.º Los que adquiriera después por título gratuito.

3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.”

se trataría en todo caso de una indemnización que trata de paliar la pérdida de aptitud para realizar una actividad laboral, tratándose de un bien personalísimo o derecho patrimonial inherente a la persona, encuadrable en el art. 1346.5° CC.

La Audiencia Provincial de Guadalajara dicta Sentencia de 28 de enero de 2015 por la que desestima íntegramente el recurso de apelación. Se basa, al igual que la instancia, en el pronunciamiento del **Tribunal Supremo de 1988**, pues no existe diferencia en el supuesto discutido entre el régimen de gananciales del Código Civil y el régimen navarro de conquistas, pues ambos aplican la misma normativa y, el supuesto de hecho es prácticamente idéntico.

Con motivo de lo anterior, el esposo presentó recurso de casación por infracción del **art. 1346 CC.** manteniendo una vez más que la indemnización per-

cibida afecta a su aptitud o capacidad laboral, por lo que es un bien inherente a la persona y debe calificarse como bien privativo, conforme al **art. 1346.5° CC** y que, además, el supuesto contemplado en la Sentencia de 1988 es diferente.

En efecto, **podemos afirmar que es la primera ocasión en que la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter privativo o ganancial de una indemnización por incapacidad permanente percibida por uno de los cónyuges, conforme a las reglas de nuestro Código Civil.** Por ello, la Sala Primera aprecia la concurrencia de interés casacional y admite que no existe jurisprudencia sobre este particular y que las Audiencias Provinciales se vienen pronunciando de manera dispar sobre la materia. La Sala Primera valora que sí han existido pronunciamientos anteriores, pero sobre prestaciones e indemnizaciones de diferente naturaleza.

A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo que hacen mención a extremos semejantes –pero no iguales– donde la Sala Primera se ha pronunciado acerca del carácter privativo o ganancial de las indemnizaciones **por despido** (Sentencia nº 715/2007, de 26 de junio, **planes de pensiones** (Sentencia nº 1552/2000, de 27 de febrero) o jubilación anticipada (Sentencia nº 958/2005, de 15 de diciembre, entre otras.

EL ÚNICO ANTECEDENTE. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1988)

La Sentencia de 25 de marzo de 1988 recogía la calificación como bien de conquistas (ganancial, a efectos del Código Civil), conforme al Código Navarro, de una indemnización por invalidez permanente absoluta abonada al esposo por la aseguradora de la



empresa en que trabajaba. En aquella Sentencia, el Alto Tribunal diferenciaba entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y las consecuencias o productos de su trabajo, al efecto de atribuir la naturaleza de bien de conquista.

Conforme a la Compilación de Derecho Foral Navarro se incluía el rendimiento económico del trabajo como bien de conquista o ganancial.

El Tribunal Supremo indicaba que no se trataba de bienes inherentes a la personalidad las indemnizaciones que, como la discutida, procedían *“de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendrían explicación si se prescinde de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común*

en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal”.

CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA COMO BIEN PRIVATIVO

Siendo aquél el único precedente, mediante su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 el Tribunal Supremo se aparta del mismo y considera que dicha indemnización ha de tener carácter privativo.

El razonamiento que lleva a cabo el Alto Tribunal es **que la titularidad de la pensión, por su propia naturaleza y función; “guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5º CC, y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6º CC) con independencia de que hayan sido inferidos**

por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común). Atendiendo por tanto a los criterios presentes en los apartados 5º y 6º del art. 1346 CC, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa.”

La incapacidad permanente absoluta conlleva para el trabajador reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral. De esta manera, la pensión dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral, por lo que se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador como tal y que, por dicho motivo, esta indemnización no puede ser compartida con el cónyuge tras la disolución de la sociedad. ■

DEMANDA SOLICITANDO LA FORMACIÓN DE INVENTARIO A EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Juzgado de Familia/de Primera Instancia nº de

Divorcio contencioso /

AL JUZGADO DE FAMILIA/DE PRIMERA INSTANCIA NUM DE

D./D^a, Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D./D^a, mayor de edad, con domicilio en, calle, nº, pta., cuya representación tengo acreditada en los autos referenciados al margen, comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D. /D^a, del Ilustre Colegio de Abogados de, y DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, interpongo, conforme con lo dispuesto en el artículo 808 LEC, **DEMANDA DE SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO del activo y pasivo de la sociedad de gananciales** existente entre mi mandante y D./D^a, este último con domicilio en, calle, nº, pta. La presente demanda se basa en los siguientes

HECHOS

Ante este Juzgado se ha seguido procedimiento contencioso de divorcio, autos número / , recayendo en fecha de de , sentencia de divorcio por la que se disuelve el matrimonio entre mi representado/a y Don/D^a , que ha devenido firme. Como consecuencia, ha quedado disuelta de pleno derecho y pendiente de liquidación la sociedad de gananciales vigente entre los cónyuges.

Se acompaña como DOCUMENTO NUM. testimonio de la sentencia de divorcio.

Mi mandante desea iniciar el procedimiento para la liquidación de la citada sociedad de gananciales. A tal efecto y conforme a las reglas que rigen dicho procedimiento, contenidas en los artículos 806 y ss. LEC, insta la formación de inventario, a cuyo efecto acompaña la correspondiente PROPUESTA DE INVENTARIO en la que, con la debida separación, se hacen constar las diferentes partidas que deban incluirse en dicho inventario con arreglo a la legislación civil y con justificación documental de las mismas.

PROPUESTA DE INVENTARIO

I. ACTIVO

A. BIENES INMUEBLES

1. URBANA.- ENTIDAD NÚMERO DE ORDEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.- VIVIENDA CON ACCESO POR EL ZAGUÁN DE LA CALLE , NÚMERO Vivienda en séptima planta alta, de la escalera B, señalada su puerta con el número VEINTE. Consta de diferentes habitaciones y servicios. Mide una superficie útil de ochenta y nueve metros y cuarenta décímetros cuadrados y construida con elementos comunes de ciento nueve metros y ochenta y seis décímetros cuadrados. Linda, mirando desde la calle de su situación: frente, dicha calle; derecha entrando, rellano y hueco de la escalera y del ascensor y vivienda puerta 21 del mismo patio y escalera; izquierda entrando, el general del edificio; y fondo, vuelo de la planta baja.

Esta vivienda tiene vinculada, como anejo inseparable, la propiedad de una participación indivisa de cero enteros ochenta y cinco centésimas por ciento (0'85 %) en el local en planta de sótano, a la que corresponde el uso privativo, exclusivo y excluyente, de una plaza de garaje, señalada con el número 24, lo que representa un aumento en su superficie útil de 20 metros cuadrados.

REFERENCIA CATASTRAL.-

CUOTA DE PARTICIPACIÓN.- 2'60 por ciento.

SITUACIÓN ARRENDATICIA.- Libre de arrendatarios y ocupantes.

CARGAS.- El inmueble se encuentra gravado con la hipoteca que se describe en el inventario del pasivo.

TÍTULO.- La adquirieron ambos cónyuges, constante su matrimonio por adjudicación realizada por la Cooperativa , mediante escritura autorizada por el Notario de , Don , el de de , número de protocolo, constituyendo desde entonces su vivienda conyugal.

INSCRIPCIÓN.- Registro de la Propiedad de número , tomo , libro , folio , finca registral número , inscripción

RADICACIÓN.- Forma parte del EDIFICIO sito en , con fachadas recayentes a las calles y Consta de dos patios zaguanes, numerados como el y el de la primera de las citadas calles.

VALOR: euros (..... €).

Como documento justificativo se acompaña certificado expedido por el Registro de la Propiedad núm. de , donde consta inscrito el inmueble a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial (DOCUMENTO NÚM.).

B. BIENES MUEBLES

1. MOBILIARIO Y AJUAR de la vivienda conyugal.

VALOR: euros (..... €).

2. AUTOMÓVIL.- Turismo marca , modelo , matrícula , matriculado el de de

VALOR: euros (..... €).

El citado automóvil fue adquirido, a plazos, con fondos gananciales.

C. CUENTAS CORRIENTES

1. En la entidad bancaria , cuenta núm. , con saldo de euros (..... €).

2. En la entidad bancaria , cuenta núm. , con saldo de euros (..... €).

Se acompañan, como DOCUMENTOS NÚM. y NÚM. certificados emitidos por la entidad bancaria en que consta la titularidad y saldo de las cuentas.

D. OTROS

1. Indemnización percibida por D. _____, previa al divorcio, consistente en póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta prevista en el Convenio Colectivo _____, por el importe bruto de _____ € (_____€) y líquido de _____- € (___% de la retención).

VALOR TOTAL DEL ACTIVO: euros (..... €).

II. PASIVO

1. PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La vivienda relacionada en el número 1 del inventario (bienes inmuebles) se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de la devolución de un préstamo de euros de principal, concedido a por la entidad , a devolver en el plazo que finaliza el de de

Dicha vivienda responde de la devolución del citado principal, de la cantidad de euros en concepto de intereses ordinarios, de la cantidad de euros en concepto de intereses de demora, de la cantidad de euros en concepto costas y gastos judiciales y de la cantidad de euros en concepto gastos extrajudiciales o prestaciones accesorias. Es decir, que la responsabilidad hipotecaria total asciende a euros.

Dicha hipoteca se constituyó en virtud de escritura autorizada el de de por el Notario de , don , con el número de su protocolo, y consta inscrita en el Registro de la Propiedad número de los de , al tomo , libro , folio , finca , inscripción^a.

De dicho préstamo queda, tras las amortizaciones realizadas hasta la fecha de de , un saldo pendiente de euros, tal y como se acredita mediante certificado emitido por la citada entidad financiera con fecha de de que se acompaña como documentos número

Se acompaña como DOCUMENTOS NÚM. y , justificante del préstamo hipotecario y certificado de la entidad bancaria del saldo pendiente de pago.

VALOR TOTAL DEL PASIVO: euros.

SUMA EL VALOR TOTAL NETO INVENTARIADO LA CANTIDAD DE euros (..... €).

Resultan aplicables a los anteriores hechos, los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

COMPETENCIA

Es competente el Juzgado de Familia/de Primera Instancia al que se dirige esta demanda, al amparo del artículo 807 de la L.E.C.

PROCEDIMIENTO

Deberá seguirse la demanda por los cauces procedimentales previstos en los artículos 808 a 810 de la LEC.

LEGITIMACIÓN

Está legitimado activamente cualquiera de los cónyuges, en este caso mi representado/a, ostentando legitimación pasiva el otro cónyuge. Así resulta del artículo 808.1 LEC.

DERECHO SUSTANTIVO

La presente demanda se basa en el artículo 808 LEC, que dispone: «Solicitud de inventario

1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario.
2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil.

A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta».

Para que cualquiera de los cónyuges solicite la formación de inventario no es necesario que se haya dictado sentencia en el procedimiento que determine la disolución de la sociedad conyugal, pero también puede hacerse una vez obtenida esta sentencia y disuelta la sociedad de gananciales. Así ocurre en el presente caso, en que ya existe sentencia de divorcio, tal y como se ha expuesto en el

La propuesta de inventario que se acompaña a la presente demanda se ajusta a lo dispuesto en los artículos 1397 y 1398 del Código Civil, que detallan las partidas que deben incluirse en el activo y en el pasivo. El tenor de estos preceptos es el siguiente:

Artículo 1397 CC: «Habrán de comprenderse en el activo:

- 1º. Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.
- 2º. El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.
- 3º. El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste».

Artículo 1398 CC: «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas:

- 1º. Las deudas pendientes a cargo de la sociedad.
- 2º. El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad.
3. El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad».

En relación con el crédito a favor de la sociedad de gananciales derivado del incremento de valor de la oficina de farmacia privativa como consecuencia de la inversión de fondos comunes, resultan aplicables los arts. 1359 y 1360 CC.

Por lo expuesto:

SUPLICO AL JUZGADO: Que tras admitir este escrito con los documentos que lo acompañan y sus copias, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento, y tenga por interpuesta DEMANDA DE SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO A EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES existente entre mi mandante y Don/D^a , que actualmente se encuentra disuelta como consecuencia de la sentencia firme de divorcio expresada en los antecedentes y no liquidada; y tras señalar el Secretario judicial día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, comparezcan las partes y se proceda a la formación de inventario, conforme al artículo 809 LEC, y previos los demás trámites legales preceptivos, se proceda a aprobar el inventario propuesto por mi mandante.

En , a , de de

.....

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN. *Todo sobre el proceso laboral*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2009
- ACEBES CORNEJO, RAÚL. *Temario práctico de derecho civil. Parte general*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. Barcelona. 2007
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo de Derecho Civil. 2ª Edición*. Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MALLÉN SÁNCHEZ, MERCEDES. *Qué es lo relevante para determinar si un elemento en una propiedad es común o privativo: el registro o el uso que de él se hace*. Inmueble Nº 95. Octubre 2009. (www.revistainmueble.es)
- ALBERT EMBUENA, VICENT. *La figura del forense en los procedimientos de incapacidad permanente*. Economist&Jurist Nº 163. Septiembre 2012 (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- En definitiva, y a modo de resumen, nuestra Sala Primera del Tribunal Supremo viene a arrojar un poco de luz sobre la naturaleza de este tipo de percepciones dentro de la sociedad de gananciales pues, aunque no deja de ser una indemnización de contenido patrimonial, no es menos cierto que ésta viene motivada con ocasión del trabajo de uno de los cónyuges y que afecta sólo a éste, quien verá mermadas sus posibilidades futuras de obtener recursos económicos derivados del trabajo
- La contingencia que provoca dicha indemnización es sumamente particular, pues implica la pérdida de facultades personales para el trabajo que, en cuanto tales, no pertenecen a la sociedad

JUBILACIÓN FORZOSA POR INCAPACIDAD PERMANENTE. AFECTACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR. IMPROCEDENCIA DE EXPEDIENTE DISCIPLINARIO



www.casosreales.es
casosreales@difusionjuridica.es

SUMARIO

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

comportamientos de esta que hacen dudar sobre su capacidad para hacerse cargo de la oficina registral. Son tales hechos los que han motivado que la Resolución General de los Registros y del Notariado iniciara el procedimiento de jubilación forzosa de la susodicha por posible incapacidad permanente de la citada registradora. Este expediente de jubilación se rige por los trámites establecidos en la Resolución de 29 de diciembre de 1995 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. De acuerdo con los citados trámites, el inicio del expediente de jubilación fue notificado a la afectada y al órgano médico competente, quien le requirió dos veces para que acudiera a someterse a un reconocimiento médico que permitiese formar opinión sobre la existencia o no de la supuesta incapacidad. Doña Eugenia, sin causa justificada, no se personó en los citados reconocimientos médicos adoptando una actitud obstructiva del expediente de jubilación.

EL CASO

Supuesto de hecho

El Escorial, Madrid., 25-05-2015

En los hechos se debate sobre la posible incapacidad de la registradora doña Eugenia María. Dicho debate, se basa en ciertos

El caso omiso de lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, motivó la apertura de un expediente disciplinario leve a doña Eugenia María. Esa misma actitud obstructiva del expediente de jubilación se deduce en el expediente disciplinario, en el cual la registradora no ha recogido ninguna de las notificaciones remitidas por el citado Centro Directivo. Se contempla la posibilidad de que no se aplique sanción alguna derivada de este expediente disciplinario al existir indicios que determinan la inimputabilidad de la registradora por la posible existencia de la ya citada incapacidad.

Finalmente se acordó la suspensión provisional de la misma hasta que el informe médico necesario para la tramitación del expediente de jubilación fuera recibido.

Objetivo. Cuestión planteada

El cliente quiere que teniendo por presentado su escrito en tiempo y forma y, tras la celebración del preceptivo juicio oral, que se desmonte la afirmación contenida en la DEMANDA sobre la posible afectación de la capacidad de obrar de doña Eugenia María y en consecuencia, que se suspenda el procedimiento de jubilación forzosa.

La estrategia. Solución propuesta

La estrategia se basa fundamentalmente en aportar las pruebas y argumentos necesarios para refutar o desmontar la afirmación contenida en la DEMANDA sobre la posible incapacidad de doña Eugenia María. A través de este hecho, sería posible la suspensión del procedimiento de jubilación forzosa iniciado por la Resolución General de los Registros y del Notariado.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de 1ª Instancia nº78 de Madrid.

Tipo de procedimiento: Juicio verbal especial sobre capacidad.

Fecha de inicio del procedimiento: 25-04-2016

Partes

- Parte demandante:
Ministerio Fiscal
- Parte demandada:
Doña Eugenia María

Peticiones realizadas

- Parte demandante:

Se solicita que se tenga por presentado el escrito de DEMANDA, así como también que se establezca la capacidad jurídica de la demandada y en consecuencia los medios de apoyo a la misma que se consideren necesarios en relación con el estado de doña Eugenia María. Esto último incluye las medidas necesarias para asegurar que el ejercicio de la capacidad respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la demandada.

Finalmente se solicita la práctica de las pruebas indicadas en el escrito de DEMANDA.

- Parte demandada:

Se solicita que se tenga por presentado el escrito de contestación a la DEMANDA, así como a su vez la absolución de la parte demandada, y en consecuencia, se declare la plena capacidad de doña Eugenia María. Finalmente se solicita la entrega a destiempo del informe psiquiátrico relativo al estado actual de la demandada, al no haber sido posible presentar el mismo junto al escrito de contestación de la DEMANDA por razones de tiempo, así como también la práctica de las pruebas indicadas.

Argumentos

- Parte demandante:

El argumento principal consiste en hacer ver que a demandad está afectada por una patología que de forma persistente y en la actualidad le impide desarrollar las tareas inherentes a su puesto de trabajo como registradora. Dicha patología se fundamenta el comportamiento que doña Eugenia presentaba de forma habitual en el Registro de la Propiedad tanto en su relación con los empleados como en relación con el trabajo que la misma desempeñaba.

A su vez, la parte actora se basa en el argumento de que la demandada fue diagnosticada como “cuadro compatible con trastorno paranoide” tras su internamiento involuntario por alteraciones conductuales.

Los fundamentos de la parte actora se basan en el Libro IV- Título I- Capítulo II de la LEC y libro IV- Título I, Capítulo I, tanto para el proceso sobre la capacidad de las personas como para el establecimiento de los medios de apoyo y salvaguardas adecuadas para el ejercicio de su capacidad jurídica tanto en la esfera patrimonial como en la esfera personal de la persona discapacitada a la que afecta este procedimiento.

- Parte demandada:

Como ya se ha citado, la estrategia se basa en aportar los argumentos necesarios para refutar la posible incapacidad de la demandada. Entre estos argumentos se encuentran:

La capacidad de la demandada en realizar tareas cotidianas tanto en el ámbito personal como patrimonial.

La autonomía de esta.

El informe de la Clínica Doctor Castillo.

Informe médico de la Doctora Laura.

Finalmente, la incapacidad se sustenta en enfermedades que impidan a la persona gobernarse por sí misma de manera constante. A su vez, es necesario presumir la capacidad mental mientras no quede demostrado lo contrario. Todo esto anterior permite concluir que la presunción de incapacidad ha de estar sustentada en pruebas concluyentes y rotundas que permitan calificar dicha enfermedad mental como permanente hacia el futuro. Al no existir tales pruebas indicativas en la documentación aportada por el Ministerio Fiscal, se

podría concluir que la posible causa de jubilación no guarda relación alguna con la existencia de una causa de incapacitación

Normativa

- Corrección de errores de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Ley de Enjuiciamiento Civil; Artículo 447, Artículo 437
- Código Civil; Artículo 199, Artículo 200.
- Ley de Enjuiciamiento Civil; Artículo 759

Documental aportado

- Parte demandante:

Se acompañan junto a la demanda los documentos en los que constan los hechos relatados:

- Informe del Doctor Castillo sobre la situación mental de la demandada.
- Asiento registral del domicilio.

- Parte demandada:

- Informe médico de la psiquiatra doña Laura.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 112/2016, de 03-02-2016. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 69724812**

Tribunal Superior de Justicia de Canarias, núm. 617/2017, de 26-06-2017. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70422218**

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, núm. 1106/2008, de 16-05-2008. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 233279**

Tribunal Superior de Justicia de Canarias, núm. 537/2016, de 24-06-2016. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 70358873**

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, núm. 1712/2007, de 27-04-2007. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 180879**

DOCUMENTOS JURÍDICOS DE ESTE CASO

1. Demanda
2. Contestación demanda
3. Sentencia

FORMULARIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON ESTE CASO

- Demanda para el reconocimiento de incapacidad permanente absoluta/total por accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- Solicitud por incapacidad permanente.

BIBLIOTECA

• Artículos jurídicos

- La jubilación forzosa en las políticas de empleo
- La incapacidad permanente
- La revisión de la incapacidad permanente por mejora

• Casos relacionados

- Demanda de declaración de Incapacidad permanente absoluta por un trabajador
- Reclamación de Prestación de Invalidez Permanente Absoluta por Trastornos Mentales.
- Incapacidad permanente absoluta. Revisión por el instituto de Seguridad Social
- Seguridad Social. Solicitud de trabajador para obtener la incapacidad total por accidente laboral.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°... DE

D/Dña.....Procurador de los Tribunales y de....., con DNI n°....., domicilio en.....de (C.P..... según acreditado..... mediante escritura de poder general para pleitos que acompaño como **Documento n° 1**, en el **Juicio Verbal especial sobre capacidad n°.....** comparezco, y bajo la dirección técnica del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria Colegiado n°..... y como mejor proceda en derecho **DIGO:**

Que, por medio del presente escrito, y conforme a lo dispuesto en los artículos 753 y 758 LEC, me persono y muestro parte demandada en la representación que ostento, y vengo a contestar, en tiempo y forma, la demanda de declaración de incapacidad interpuesta por el Ministerio Fiscal, sobre la base de los siguientes:

HECHOS

Primero.- Esta parte reconoce como cierto que la demandada convive en la actualidad con su madre, y su hermana, Dña. en el domicilio citado en la demanda, sito en.....

Se reconoce como cierto, asimismo, que por parte del Ministerio Fiscal se iniciaron diligencias pre - procesales tendentes a determinar si procedía o no solicitar la declaración de incapacidad de mi representada, así como que dichas diligencias se incoaron, como indica el Ministerio Fiscal en su demanda, "*como consecuencia de la solicitud de declaración de incapacidad realizada por el Director General de los Registros y del Notariado, a la vista de los hechos que determinaron la apertura de expediente disciplinario por su comportamiento en el Registro de la Propiedad (Madrid).*

Igualmente, durante el tiempo que estuvo en comisión de servicios en el Servicio de Estudios Registra/es desde octubre de 2010, tanto en relación con la relación con los empleados y en relación con el trabajo, y que se coge en el dossier que se aporta".

Igualmente, se acepta como cierto que, solicitado por el Ministerio Fiscal en el marco del Procedimiento de Internamiento nº - seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 94 de Madrid, el ingreso de..... en establecimiento hospitalario para su examen psiquiátrico, dicho ingreso tuvo lugar, habiendo estado mi representada ingresada en la Clínica desde el día 28 de febrero de 2017 hasta el día 17 de marzo de 2017.

Reconoce, asimismo, esta parte, que dicho internamiento fue acordado por el Juzgado de Primera Instancia nº 65 de Madrid, en el Procedimiento de Internamiento nº.....

Segundo.- Esta parte, sin embargo, muestra su disconformidad con la afirmación contenida en la demanda, en cuanto que en la misma se indica que la capacidad de obrar de mi representada "*está afectada de una patología que de forma persistente, y en la actualidad, le impide desarrollar de forma adecuada, efectiva y en plano de igualdad, las facultades inherentes a la misma*".

Contrariamente a lo anterior, mi representada no está afectada de ninguna patología que afecte a su capacidad de obrar, realizando por sí misma tareas cotidianas tanto en el ámbito personal, como en el ámbito patrimonial, y siendo por completo autónoma, no necesitando de la asistencia de ninguna persona o entidad que la asista o sustituya para tomar decisiones relativas a su persona y/o bienes.

A efectos de acreditar la completa capacidad de mi representada para regir su persona y/o bienes, y no pudiendo esta parte presentar junto con el presente escrito, por razones de tiempo, Informe de médico psiquiatra, esta parte anuncia que se aportará a este procedimiento Informe del médico psiquiatra (Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital.....), tan pronto como se disponga del mismo.

Se acompaña, no obstante, junto al presente escrito, Informe, de fecha 22 de febrero de 2017, del médico psiquiatra Colegiada nº en el que se indica que mi representada "*padece un Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y ánimo depresivo. Precisa tratamiento farmacológico psicoterapéutico*", no desprendiéndose de dicho Informe que padezca algún tipo de trastorno que e impida regir su persona o bienes.

Igualmente, se acompaña receta médica extendida por la citada psiquiatra, en la que se pauta a la paciente Lexatin 1,5 mg. Tanto el Informe como la receta se adjuntan como **Documento nº 2**.

Tercero.- El Informe de la - en la que mi representada estuvo ingresada desde el 17 hasta el 17 de marzo de 2017, y que el Ministerio Fiscal toma como base de la demanda rectora de autos, no contiene dato alguno que permita afirmar que mi representada esté afectada de alguna enfermedad o deficiencia persistente que le impida hacerse cargo de su persona y/o bienes.

De este modo, en dicho Informe, de fecha 17 de marzo de 2017, aludido en la demanda y que se aporta como **Documento nº 3**, se indica, en el apartado “Evolución y comentarios.

Por otra parte, en el apartado “Exploración psicopatológica” se afirma de la paciente que la misma está “*consciente, orientada, lúcida*” y que tiene un “*pensamiento aparentemente coherente y lógico*”. Se indica, asimismo, que “*en la actualidad no se aprecian alteraciones sensoperceptivas*”, ni “*ideas autolíticas ni heterolíticas*”.

A los anteriores Hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Nada que objetar en cuanto a la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del presente asunto, a la luz del artículo 21 .1 LOPJ y del artículo 36 LEC, aludidos en la demanda.

Asimismo, nada que oponer en relación con la competencia del Juzgado de Primera Instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 85 LOPJ y en el artículo 45 LEC.

CAPACIDAD Y POSTULACIÓN: Al amparo del artículo 758 LEC, mi representada comparece en el presente procedimiento con su propia defensa y representación, cumpliéndose así los requisitos de postulación, toda vez que aquélla actúa bajo representación técnica de Procurador de los Tribunales y con asistencia letrada de Abogado en ejercicio para su defensa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23, 31 y 750 LEC.

LEGITIMACIÓN: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 O y en el artículo 757 LEC, está legitimado activamente el Ministerio Fiscal, recayendo la legitimación pasiva en mi representada, en tanto persona cuya capacidad resulta discutida en la demanda rectora de autos.

CUANTÍA: Teniendo en cuenta las características del presente procedimiento, la cuantía resulta inestimable.

PROCEDIMIENTO: Nada que objetar a la aplicación de las normas previstas en el Libro IV, Título 1, Capítulo II LEC, relativas a la regulación “De los procesos sobre la capacidad de las personas” (Arts. 756 y ss. LEC). Son de aplicación, asimismo, por remisión de dichos artículos, las normas del juicio verbal, contenidas en los artículos 437 a 447 LEC.

FONDO DEL ASUNTO:

Resultan de aplicación al presente procedimiento los preceptos del Código Civil relativos a la incapacitación, así como a las figuras legalmente previstas para la protección de la persona y bienes de los declarados incapaces por sentencia judicial.

Así, el Título IX del Libro I del Código Civil lleva por rúbrica “De la incapacitación” y comprende los artículos 199 y ss. Los artículos 199 y 200.

Por otra parte, el Título X del Libro 1, rubricado “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, comprende los artículos 215 y ss.

Es aplicable también al presente supuesto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 y publicada en el BOE el 21 abril 2008, que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 CC.

Establecido el anterior marco legal, conviene recordar en este punto lo señalado por el Ministerio Fiscal en el Hecho Primero de la demanda, como base de esta.

Se indica también en el Hecho Primero que las Diligencias pre-procesales incoadas por el Ministerio Fiscal se iniciaron *“como consecuencia de la solicitud de declaración de incapacidad realizada por el Director General de / os Registros y del Notariado, a la vista de los hechos que determinaron la apertura de expediente disciplinario por su comportamiento en el Registro de la Propiedad gva/mente durante el tiempo que estuvo en comisión de servicios en el Servicio de Estudios Registrales desde octubre de 2010, tanto en relación con la relación con /os empleados y en relación con el trabajo, y que se coge en el dossier que se aporta”*.

Se hace referencia, asimismo, en el Hecho Primero de la demanda, a la valoración de mi representada realizada durante su ingreso en la clínica dictándose que de dicha valoración *“se desprende que adece un cuadro clínico compatible con estado paranoide, debiendo seguir con su psiquiatra”*.

Esta parte muestra su disconformidad con lo alegado por el Ministerio Fiscal, y ello con base en los siguientes razonamientos, que se expondrán en dos apartados:

1.- Ausencia en el presente caso de los requisitos que deben concurrir para la declaración judicial de incapacidad.

No se comparte lo indicado por el Ministerio Fiscal en su demanda, en lo relativo a que mi representada está afectada de una patología que, de forma persistente, y en la actualidad, le impide desarrollar de forma adecuada, efectiva y en plano de igualdad, las facultades inherentes a su capacidad de obrar.

En este sentido, y como ya se ha avanzado en los Hechos de la demanda, mi representada no se encuentra en la situación descrita, ya que la misma realiza por sí misma, sin ninguna dificultad, tareas cotidianas tanto en el ámbito personal, como en el ámbito patrimonial. Es una persona por completo autónoma, que no necesita de la asistencia de ninguna persona o entidad que la asista o sustituya para tomar decisiones relativas a su persona y/o bienes.

A efectos de acreditar la completa capacidad de mi representada para regir su persona y/o bienes, y no pudiendo esta parte presentar junto con el presente escrito, por razones de tiempo, Informe de médico psiquiatra, esta parte anuncia, al amparo del artículo 337 LEC, que se aportará a este procedimiento Informe del médico psiquiatra Colegiado nº..... (jefe del Servicio disponga del mismo).

Por otra parte, debe hacerse referencia al Documento nº 2 aportado junto con la presente demanda, consistente en el Informe de fecha 22 febrero de 2017 de la médica psiquiatra Colegiada en el que se indica que mi representada *“padece un Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y ánimo depresivo. Precisa tratamiento farmacológico y psicoterapéutico”*. No se desprende, en modo alguno, de dicho Informe, que mi representada esté afectada de algún tipo de trastorno que le impida regir su persona y/o bienes, así como tampoco que precise asistencia para realizar los actos en relación con su persona y/o bienes.

De acuerdo con lo expuesto, el Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y ánimo depresivo que padecería mi representada de acuerdo con el citado Informe, dista mucho de ser una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la misma gobernarse por sí misma, por lo que no concurren los requisitos exigidos en el artículo 200 CC para proceder a su incapacitación judicial.

Por otra parte, como ya se ha avanzado en los Hechos de esta demanda, el Informe de la en la que mi representada estuvo ingresada desde el 28 de febrero de 2017 hasta el 17 de marzo de 2017, y que el Ministerio Fiscal toma como base de la demanda rectora de autos (se aporta como Documento nº 3), no contiene dato alguno que permita afirmar que mi representada esté afectada de alguna enfermedad o deficiencia persistente que le impida hacerse cargo de su persona y/o bienes.

Así, en el apartado “Evolución y comentarios” de dicho Informe se indica lo siguiente:

“Su médico psiquiatra tratante describe que durante su estancia se instaura tratamiento con neurolépticos con buena tolerancia y tolerabilidad. Recibe visitas de familiares, estudia en su habitación temas jurídicos, no ha presentado alteraciones del comportamiento. por lo que se plantea alta hospitalaria para seguir tratamiento en régimen ambulatorio”.

Por otra parte, en el apartado “*Exploración psicopatológica*” se afirma de la paciente que la misma está “*consciente, orientada, lúcida*” y que tiene un “*pensamiento aparentemente coherente y lógico*”. Se indica, asimismo, que “*en la actualidad no se aprecian alteraciones senso-perceptivas*”, ni “*ideas autolíticas ni heterolíticas*”.

No existe, pues, a juicio de esta parte, causa alguna incardinable en el artículo 200 CC que permita declarar judicialmente la incapacidad de Dña.

Debe recordarse, en relación con lo anterior, la abundante jurisprudencia relativa a los requisitos necesarios para la declaración judicial de incapacidad; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 22ª de 19 de mayo de 2006, Rec. nº 285/2006, Fundamento de Derecho Segundo. (...). En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 18 de enero de 2010, Rec. nº 470/2008. (...). También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los requisitos y características de la declaración judicial de incapacitación. Puede citarse, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 174/2002, de 9 de octubre (B.O.E. nº 255, de 24 de octubre de 2002), Fundamento Jurídico Sexto. (...). Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009, Rec. nº 1259/2006 fundamento de Derecho Quinto las reglas de interpretación de la legislación vigente en materia de incapacitación, que permiten coordinar las normas en materia de incapacitación contenidas en el Código Civil con el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

De acuerdo, pues, con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la declaración de incapacidad no resulta ajustada a Derecho la declaración judicial de incapacitación de mi representada, toda vez que la misma no está afectada por ninguna enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que le impida gobernarse por sí misma, tal y como exige el artículo 200 CC.

Mi representada puede realizar autónomamente todos los actos cotidianos en relación con su persona y/o bienes, sin necesidad de contar con la asistencia de ninguna persona y/o entidad que ejerza la tutela o la curatela.

Tampoco concurre ninguna causa por la que mi representada deba ser encuadrada dentro del ámbito de aplicación de la Ley 41 /2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ya que no concurren en aquélla los requisitos exigidos en dicha norma para que su patrimonio tenga la consideración de patrimonio protegido a los efectos de la citada Ley.

En este sentido, al estar mi representada en pleno uso de su capacidad de obrar, y no reunir, en consecuencia, los requisitos exigidos en la citada norma, no es susceptible de ser incardinada en la misma.

Por otra parte, debe indicarse que, según la jurisprudencia referida, la capacidad de la persona se presume, debiendo ser las causas de incapacidad objeto de prueba clara y rotunda. En el presente caso, las alegaciones de la demanda y la documentación con la misma aportada, no destruyen aquella presunción, por lo que debe confirmarse la completa capacidad de obrar de mi representada.

2.- Diferencia entre la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, prevista en la Resolución de 29 de diciembre de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se modifican los procedimientos de jubilación del personal civil incluido en el ámbito de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado, y la incapacitación judicial prevista en los artículos 199 y ss. CC.

Señala el Ministerio Fiscal en su demanda que las Diligencias pre-procesales previas al presente procedimiento se iniciaron *“como consecuencia de la solicitud de declaración de incapacidad realizada por el Director General de los Registros y del Notariado, a la vista de los hechos que determinaron la apertura de expediente disciplinario por su comportamiento en el Registro de la Propiedad. Igualmente, durante el tiempo que estuvo en comisión de servicios en el Servicio de Estudios Registrales desde octubre de 201 O, tanto en relación con la relación con los empleados y en relación con el trabajo, y que se coge en el dossier que se aporta”*.

En efecto, y tal como se desprende de la documentación aportada por el Ministerio Fiscal, por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado se incoó, mediante Acuerdo de 11 de enero de 2016, expediente disciplinario a mi representada, habiéndose formulado la correspondiente propuesta de pliego de cargos frente a la misma. El citado expediente disciplinario tiene su origen en el acuerdo de iniciación del procedimiento de jubilación forzosa por incapacidad permanente de aquélla, mediante Resolución de 21 de mayo de 2015 de la citada Dirección General.

El procedimiento de jubilación forzosa por incapacidad permanente se inició por solicitud del Colegio de Registradores de la Propiedad, de 26 de diciembre de 2014, en la que se propuso que se sustituyera la situación de comisión de servicios en la que se encontraba mi representada y que se iniciará un procedimiento de jubilación por incapacidad, teniendo en cuenta que la posible reincorporación de aquélla al Registro del que era titular pudiera suponer un quebranto al servicio público. Se aportaba por el Colegio de Registradores la información reservada que aporta el Ministerio Fiscal con su demanda.

En el marco de dicho procedimiento de jubilación forzosa, y de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 29 de diciembre de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, se citó a Dña.....al pertinente reconocimiento médico, sin que la misma compareciera.

A la vista de dicha incomparecencia, se acordó la incoación de expediente disciplinario por si de la situación descrita pudiera derivarse una falta consistente en el incumplimiento y falta de obediencia a las resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme al artículo 313. B) k de la Ley Hipotecaria, o una falta consistente en el incumplimiento de los deberes impuestos por la legislación registral o, en base a ello, por resolución administrativa, conforme al artículo 313.C).

En las Conclusiones de la propuesta de pliego de cargos formulada a mi representada, se indica que *“existen indicios (...) correspondiente registrador accidental”*.

A la vista de todo lo anterior, esta parte considera que lo que subyace en el presente caso es la existencia de una posible causa de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 29 de diciembre de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y normativa concordante de aplicación.

La concurrencia o no de la citada causa de jubilación por incapacidad permanente para el servicio es por completo ajena al procedimiento que se sustancia en virtud de la demanda presentada por el Ministerio Fiscal, ya que dicha posible causa de jubilación no guarda relación alguna con la existencia de una causa de incapacitación judicial. En este sentido, y como señala la jurisprudencia anteriormente referida, la existencia de causa de incapacitación judicial, en cuanto la capacidad de las personas se configura como un atributo de la personalidad, debe ser objeto de cumplida y rotunda prueba, existiendo siempre una presunción a favor de la plena capacidad de las personas.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la documentación aportada por el Ministerio Fiscal dossier confidencial de los empleados del Registro de la Propiedad el comportamiento de mi representada en el ejercicio de su profesión de Registradora de la Propiedad, si bien podría ser valorable a efectos de calibrar su procede o no su jubilación por incapacidad permanente para el servicio, no ha de tenerse en cuenta de manera determinante en el presente procedimiento.

Así, el comportamiento de mi representada que se desprende de la documentación aportada por el Ministerio Fiscal no resulta indicativo de que concurra en aquélla causa de incapacitación a los efectos previstos en los artículos 199 y ss. CC, pues de dicho comportamiento en modo alguno se infiere que esté afectada de una enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que le impida gobernar su persona y/o bienes por sí misma.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, con la documentación que lo acompaña, se sirva tenerme por comparecido y parte en la representación que acredito ir contestada la demanda presentada por el Ministerio Fiscal contra previos los trámites legales, en todo caso, y previo dictamen pericial médico y examen de mi representada, dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, y, en consecuencia, se declare la plena capacidad de para gobernarse por sí misma.

OTROSÍ DIGO: Que al amparo de lo dispuesto en los artículos 752, 759 y 293 LEC, esta parte considera adecuada la práctica de la prueba anticipada al acto de la vista, que deberá consistir en: **EXAMEN JUDICIAL de PERICIAL**, consistente en que por el Médico Forense se reconozca al presunto incapaz, emitiendo dictamen en el que se indique si Dña. Padece alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, especificando, en caso de concurrir dicha enfermedad o deficiencia, si aquélla se encuentra imposibilitada para gobernar su persona y/o bienes por sí misma.

AUDIENCIA DE LOS PARIENTES MÁS PRÓXIMOS de Dolores... debiendo ser citadas su madre y su hermana Dña. efectos de que tenga lugar dicha audiencia. Ambas deberán ser citadas en el mismo domicilio que consta en el encabezamiento de este escrito sito en

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por hecha la anterior manifestación, y por solicitada la práctica de las pruebas indicadas, disponiendo todo lo necesario para su práctica.

Es Justicia que pido en Madrid, en fecha y lugar “ut supra”.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 337.1 LEC, en relación con el artículo 336.1 LEC, esta parte manifiesta que no le es posible presentar junto con el presente escrito, por razones de tiempo, Informe de médico psiquiatra relativo al estado actual de Dña....., por lo que se anuncia, al amparo del artículo 337 LEC, que se aportará a este procedimiento Informe del médico psiquiatra D....., tan pronto como se disponga del mismo, y, en todo caso, con al menos cinco días de antelación al acto de la vista. ·

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos oportunos.

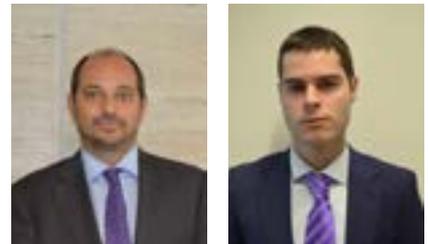
Es Justicia que pido en Madrid, en fecha y lugar “ut supra”.

OTROSÍ TERCERO DIGO: Que, de conformidad con el artículo 337.2 LEC, esta parte manifiesta, desde este momento, que solicita la comparecencia del médico psiquiatra D. Colegiado nº en el acto del juicio, a efectos de que el mismo exponga y explique su Informe o responda a las preguntas que sobre el mismo se le formulen o intervenga de cualquier otra forma útil para entender y valorar el citado Informe, a cuyo efecto se solicita que el citado perito sea citado en el domicilio que consta a continuación: Santander (C.P.....)

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga hecha la anterior manifestación, y por solicitada la citación judicial de a efectos de que se disponga lo necesario para la misma.

Es Justicia que pido en Madrid, en fecha y lugar “ut supra”.

LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO INTERPRETA EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS



Javier García Marrero. Counsel de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca
y Magistrado en excedencia

Buenaventura Hernández. Abogado de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

SUMARIO

1. Introducción. Artículo 348 bis y requisitos
2. Hechos de las resoluciones de la DGRN. Interpretación de la DGRN

Recientemente han sido publicadas dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notario (la “DGRN”) de fecha 28 de noviembre de 2017 en las que se interpretan algunos aspectos del artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010 (la “LSC”). Antes de proceder a analizar qué es lo que dicen las resoluciones, vamos a proceder a realizar un pequeño análisis de esta norma.

El artículo 348 bis es un precepto que fue introducido por el legislador en el año 2011, sin embargo, su aplicación ha sido suspendida en reiteradas ocasiones –salvo en periodos muy cortos de tiempo– hasta el 1 de enero de 2017. Dicha norma es novedosa en nuestro

ordenamiento, **ya que legitima al socio de una sociedad limitada o anónima –no aplica a las sociedades cotizadas– a poder ejercitar el derecho de separación de la sociedad en caso de no reparto de dividendos.**

Así pues, con su introducción la intención del legislador fue evitar que existieran socios minoritarios que pudieran sentirse cautivos al negárseles el dividiendo año tras año de forma abusiva. De esta forma, se trata de asegurar al socio la posibilidad de transmitir sus

participaciones o acciones para evitar que no quede convertido en una suerte de prisionero. Pero, ¿cuáles son los requisitos necesarios para su activación?

Esta norma **no concede un derecho automático de separación, sino que deben cumplirse los siguientes requisitos:** (i) el derecho solo puede ejercitarse a partir del quinto ejercicio de la sociedad a contar desde su inscripción en el Registro Mercantil; (ii) voto a favor de la distribución de beneficios por parte del socio en cuestión o voto en contra en caso de que el orden del día incluya el no reparto de dividendos; (iii) negativa de la sociedad a distribuir en concepto de dividendos, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el año anterior; (iv) que los beneficios sean legalmente repartibles; y (v) comunicación del socio a la sociedad, en el plazo máximo de un mes desde la celebración de la junta, su ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que el socio puede dejar constancia del ejercicio del derecho en el propio acta de la propia junta.

“La DGRN deja claro que para el ejercicio del derecho de separación de los socios no es necesario que entre éste y la sociedad exista un previo acuerdo, sino que el primero puede ejercitarlo de forma unilateral”

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

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Legislación. Marginal: 109184). Arts.; 348 bis, 353

Una vez señalado lo anterior, la DGRN, en las referidas resoluciones, ha analizado algunas cuestiones de importante relevancia para la aplicación práctica del artículo 348 bis LSC. En primer lugar, **la DGRN resolvió sobre la competencia del registrador**

para determinar si concurren los anteriores requisitos y, en consecuencia, nombrar a un experto independiente para que valore las participaciones o acciones del socio que ejercita el derecho de separación —cuando no haya consenso

“La DGRN ha considerado que el registrador es el competente para pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis LSC”



JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Resolución de 8 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70427337)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 25 de marzo de 2014, núm. 154/2014, Nº Rec. 556/2012, (Marginal: 69493007)

sobre su valoración—. Asimismo, la DGRN señaló cómo debe interpretarse el término “beneficios propios de la explotación del objeto social”, esto es, qué es lo que debe incluirse o excluirse para calcular si se ha repartido por la sociedad el tercio que exige el precepto. Finalmente, la DGRN valoró la influencia de procedimientos que no son firmes relativos a la impugnación de acuerdos sociales que afectaran al resultado del ejercicio.

Aunque los hechos sobre los que se basaron las resoluciones de la DGRN eran similares, la resolución inicial del registrador fue diferente. Mientras que en una de ellas el origen de la resolución de la DGRN tuvo su causa en el nombramiento de un experto independiente por parte del registrador, la otra tuvo su fundamento en la denegación



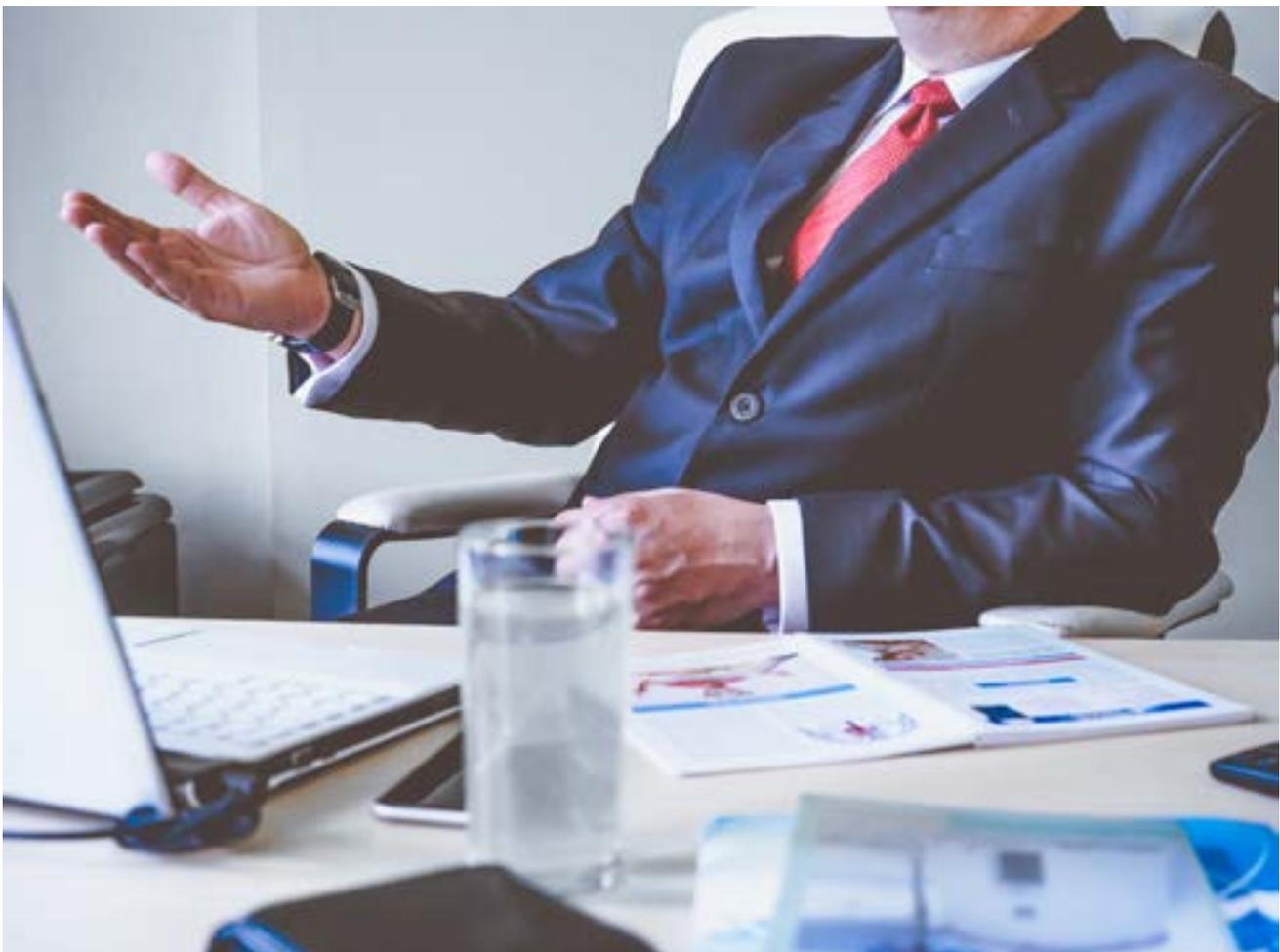
del registrador de nombrar a un experto independiente. Así pues, ambas resoluciones tuvieron su inicio en las solicitudes de los socios minoritarios de dos sociedades.

En la primera de las resoluciones –que resolvía un recurso contra la resolución del registrador del Registro Mercantil de Sevilla–, **los socios en cuestión, tras entender que se habían cumplido todos los requisitos del artículo 348 bis LSC, acudieron al Registro Mercantil para solicitar el nombramiento de un experto independiente, de conformidad con el artículo 353 LCS, para que valorara sus participaciones.** No obstante, la sociedad se opuso a la pretensión de éstos con base en que: (i) se había producido el reparto del tercio del beneficio de ex-

plotación mínimo previsto en la LSC; (ii) la discrepancia relativa a las bases del cálculo era algo que transcendía la competencia del Registro Mercantil, debiendo discutirse en la jurisdicción civil; (iii) la imposibilidad de nombrar un experto independiente por el registrador si existía una controversia sobre el derecho de separación ejercitado por un socio; y (iv) existencia un procedimiento judicial cuyo devenir podría influir en los resultados económicos de la sociedad.

En cuanto al contexto de la **segunda de las resoluciones** –en resolución de un recurso contra la decisión del registrador del Registro Mercantil de Cádiz–, tuvo unos hechos muy parecidos, ya que los socios entendieron que se habían cumplido los requisitos del artículo 348 bis LSC y **solicita-**

ron la designación de un experto independiente, oponiéndose la sociedad a ello. No obstante, **en este caso el registrador entendió que no debía nombrarse dicho experto.** A diferencia del anterior caso, quien recurrió en alzada contra la resolución del registrador fueron los socios minoritarios al entender que: (i) la sociedad, en ningún momento, había justificado la exclusión de los resultados financieros del beneficio de explotación; (ii) no existía un procedimiento judicial que pudiera dar lugar a una suerte de litispendencia; y (iii) la decisión del registrador sobre el nombramiento del experto independiente no produce efectos de cosa juzgada. Esta es la situación de la que parten las resoluciones de la DGRN ya que las decisiones de los registradores fueron objeto de impugnación.



“El hecho de que un ingreso sea ajeno a la actividad típica de una empresa no determina que automáticamente sea considerado como beneficio extraordinario, sino que hay que tener en cuenta la cuantía de dicho ingreso en relación con el importe neto de la cifra de negocio y si tiene origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia”

En cuanto a la fundamentación jurídica de las resoluciones, en primer lugar, **la DGRN deja claro que para el ejercicio del derecho de separación de los socios no es necesario que entre éste y la sociedad exista un previo acuerdo, sino que el primero puede ejercerlo de forma unilateral –siempre, claro está, que se cumplan los requisitos legales o estatutarios–, sin perjuicio de las**

consecuencias que se deriven de la falta de acuerdo sobre la valoración de las acciones o participaciones.

Pero, ¿quién examina si se han cumplido los requisitos para ejercitar el derecho de separación? Pues bien, en ambas resoluciones la DGRN afirma que esa tarea corresponde al registrador quien, verificados si son cumplidos los requisitos para ejercitar el derecho, nombrará a un experto independiente. La DGRN

apunta que esta competencia no invade las competencias de los órganos judiciales ya que el registrador no priva que su decisión sea revisada posteriormente por un órgano judicial al no tener ésta efectos de cosa juzgada.

Una vez que la DGRN dejó claro que el registrador tenía competencia para valorar si se habían cumplido los requisitos del artículo 348 bis LSC para poder nombrar a un experto independiente, el siguiente paso que llevó a cabo la DGRN, en ambas resoluciones, fue explicar cómo debía ser interpretado uno de los requisitos más complicados de apreciar –y que, con toda probabilidad, será el caballo de batalla de las sociedades para oponerse a la separación–, esto es, qué debe entenderse como “un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social”. Sobre este concepto han existido dudas interpretativas tanto en la doctrina como en la poca jurisprudencia que ha podido pronunciarse al respecto. En concreto, las dudas han estado orientadas a si esto debía ser

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabotodo contratación civil y mercantil*. 2ª Edición Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014
- AMAT, ORIOL. MARTÍNEZ-PINA, ANA MARÍA. MÍNGUEZ, SANTIAGO. SANZ, JUAN IGNACIO. GINÉS CASTELLLET, NÚRIA. *Reforma de la legislación mercantil y las normas internacionales de contabilidad*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SORIA, ADOLFO. *Derecho de separación de socios en caso de no reparto de dividendos*. Economist&Jurist N° 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)
- PAVÓN, CARLOS. *Supuestos en los que las mayorías no pueden oponerse al reparto de dividendos*. Economist&Jurist N° 191. Junio 2015. (www.economistjurist.es)
- MARCH, CARMEN. *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital: las nuevas competencias de la Junta General y el fomento de la participación social*. Economist&Jurist N° 190. Mayo 2015. (www.economistjurist.es)

considerado como un concepto jurídico indeterminado o un concepto que ya venía definido por la normativa contable y, por lo tanto, se trataría de una especie de “norma en blanco”.

A este respecto, la DGRN hace suya la interpretación que realizó la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en su sentencia de 26 de marzo de 2014. En dicha resolución, se indicó **que para para calcular los beneficios propios de explotación del objeto social hay que: (i) eliminar aquellos ingresos que sean atípicos o extraordinarios; (ii) no solo centrarse en computar los ingresos de la actividad ordinaria, entendidos como tales los ingresos resultantes de la explotación del objeto social, ya que se generaría una inseguridad jurídica al tener que analizar operación por operación; (iii) no excluir los ingresos que ayuden a cumplir el fin social; y (iv) no solo estarse a criterios estrictamente contables ya que ni el plan contable actual ni el anterior recogen el término “beneficios propios de la explotación**

del objeto social”. En definitiva, la DRGN, a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, llega a la conclusión de que **el hecho de que un ingreso sea ajeno a la actividad típica** de una empresa –por ejemplo, un ingreso financiero–, **no determina que automáticamente sea considerado como beneficio extraordinario, sino que hay que tener en cuenta la cuantía de dicho ingreso en relación con el importe neto de la cifra de negocio y si tiene origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.**

Teniendo en consideración lo anterior, **la DGRN entendió que no pueden excluirse del cómputo de los beneficios propios de explotación ingresos que tengan su origen en dividendos obtenidos de sociedades participadas o ingresos financieros.** Así pues, para que una sociedad se oponga al derecho de separación del socio basándose en que se ha repartido ese tercio que indica el artículo 348 bis LSC, deberá acreditar al registrador, –si pretende excluir esos ingresos del cóm-

puto– que éstos son desproporcionados en relación con la cuantía de la cifra de negocio y su carácter infrecuente. En este sentido, la DGRN deja claro que una simple oposición de la sociedad relativa a que no se cumplen los requisitos del artículo 348 bis LSC –entendida como la simple exclusión de ingresos financieros– no es, en modo alguno, suficiente para que el registrador rechace la solicitud de nombramiento de experto independiente –siempre y cuando que el registrador entienda que los requisitos han sido cumplidos–.

Por último, en ambos casos, la DGRN valoró la posible existencia de influencia que podría tener en el nombramiento la existencia de procedimientos judiciales de impugnación de acuerdos sociales que pudieran dar lugar a una modificación de resultados del ejercicio. En este sentido, **la DGRN entendió que no existiría una suerte de litispendencia en aquellos casos en los que la impugnación de acuerdos sociales no se refiera al acuerdo social que motivó el ejercicio del derecho de separación.** ■

CONCLUSIONES

- Como se habrá podido apreciar, la DGRN ha venido a aclarar una serie de cuestiones que han provocado dudas a los operadores jurídicos y, en especial, a aquellos socios que se estaban planteando el ejercicio del derecho de separación. En efecto, en primer lugar, la DGRN ha considerado que el registrador es el competente para pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis LSC. Por otro lado, en cuanto al término de “beneficios propios de explotación” parece que, con estas resoluciones y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, se está consolidando una interpretación o, al menos, unas pautas a seguir, para saber si se ha producido el reparto del tercio mínimo exigido por la LSC
- A pesar de las dudas interpretativas de este precepto, por lo que se refiere a otros requisitos, los operadores jurídicos están llegando a un consenso sobre su interpretación. Así, son destacables las conclusiones de los Magistrados/as de lo Mercantil del pasado mes de octubre que, en relación con el cómputo del plazo de cinco años del artículo 348 bis LSC, llegaron a la conclusión que debía interpretarse en el sentido de que el primer ejercicio de vida de la sociedad, aunque hubiera sido incompleto, se computara por entero como año 1. De esta forma, en una sociedad que hubiera sido constituida en septiembre de 2012, los socios podrían ejercitar su derecho de separación en junio de 2017, al aprobarse las cuentas del ejercicio 2016
- No obstante lo anterior, es importante indicar que, a pesar de los esfuerzos interpretativos realizados, muy posiblemente el artículo 348 bis LSC tal y como está actualmente redactado, podría ser modificado en la presente Legislatura toda vez que existe en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley al respecto

LÍMITES EN LAS REDES SOCIALES: QUÉ PODEMOS Y QUÉ NO PODEMOS HACER



Javier López. Socio de ECIJA

SUMARIO

1. Libertad de Expresión y derecho al Honor
2. Derechos a la Intimidad y la propia Imagen
3. Menores
4. Ciberdelitos

El ciberespacio no deja de ser un cosmos en el que convivimos los seres humanos y que para muchas personas es, incluso, más importante que la “realidad” en cuestiones como la imagen pública, las relaciones personales y el suministro de información, por lo que la norma básica a la hora de interactuar en redes sociales es usar el sentido común, la empatía y la tolerancia, así como respetar las leyes de igual forma que se hace en el mundo off line.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 20-1-a) de la Constitución Española reconocen y protegen los derechos a expresar y

difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 2/5/2000) y del Tribunal Constitucional (SSTC 172/1990

y 173/1995), la Libertad de Expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo individual, la cual no sólo comprende informaciones e ideas aceptadas favorablemente o

consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, molestan o inquietan.

El contrapeso de la Libertad de Expresión es el derecho al Honor, que es uno de los tres derechos personalísimos regulados en el art. 18 de la Constitución Española y, por tanto, también con rango de derecho fundamental, así como en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia Imagen. Aunque la normativa no lo contempla, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado el derecho al Honor de las personas jurídicas (SSTS 20/3/1997, 9/10/1997). Consiste en el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, prohibiéndose que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena (SSTS 52/2002 y 51/2008 y SSTC 107/1988, 171/1990, 139/1995).

De esta forma, **el límite de la Libertad de Expresión es la utilización de expresiones que constituyan insultos en cualquier contexto o expresiones vejatorias que no guarden relación con las ideas que se expresan y que resulten**

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (Legislación. Marginal: 69376403). Art.; 10
- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Arts.; 18, 20.1.a) y 20.4, 39.4
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (Legislación. Marginal: 134769). Arts.; 2, 7
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (Legislación. Marginal: 105103). Art.; 3.a)
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (Legislación. Marginal: 72032). Arts.; 5.1.f), 13
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 69730124). Arts.; 4.2, 5.1
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Legislación. Marginal: 6926938)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Legislación. Marginal: 69726846). Arts.; 169 a 172 ter, 173, 184, 197, 205 a 216, 401, 510, 578

innecesarias para la exposición de estas (SSTC 105/1990, 240/1992, 173/1995), aun cuando se trate de una broma (STS de 13/2/2004). No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado que no son atentatorias al derecho al Honor las críticas duras, los comentarios o juicios de valor bruscos, desabridos, o de mal gusto, ni los comentarios jocosos (el llamado derecho a bromear, legítimo dentro de un contexto burlón y meramente humorístico), y que deberá atenderse a otros factores de especial relevancia tales como los usos sociales, la proyección pública de la persona y el contexto en el cual se realizan las expresiones en cuestión (SSTS de 12/5/1989, 24/5/1990 y 27/11/1991).

Pues bien, estos parámetros son aplicables tanto en el mundo off line como en el ciberespacio (internet, correo, chat, foros, blogs, páginas web, periódicos digitales, redes sociales, sistemas de mensajería instantánea, etc.), por lo que la consigna general es que todo el mundo tiene derecho a expresar libremente su opinión siempre que no caiga en el insulto, sin perjuicio de lo que se indicará en los apartados siguientes.

DERECHOS A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN

Además del derecho al Honor, el art. 18 de la Constitución Española y la citada Ley Orgánica 1/1982 regulan los derechos a la Intimidad y la propia Imagen, que también limitan el contenido de lo que puede difundirse en el mundo virtual. A diferencia de lo que ocurre con el derecho al Honor, estos derechos no les están reconocidos a las personas jurídicas, sin perjuicio de que puedan contar con la protección legal que corresponda por la normativa marcaria, de patentes, competencia desleal, etc.

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2017, núm. 738/2017, N° Rec. 10372/2017, (Marginal: 70429230)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2017, núm. 91/2017, N° Rec. 3361/2015, (Marginal: 70362813)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2016, núm. 623/2016, N° Rec. 291/2016, (Marginal: 69940134)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2015, núm. 846/2015, N° Rec. 1193/2015, (Marginal: 69475160)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 05 de mayo de 2015, núm. 69/2004, N° Rec. 233/2015, (Marginal: 69341809)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 2009, núm. 0/0, N° Rec. 51/2008, (Marginal: 119301)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 2007, núm. 69/2004, N° Rec. 156/2001, (Marginal: 1370342)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2007, núm. 0/0, N° Rec. 52/2002, (Marginal: 371197)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2004, núm. 69/2004, N° Rec. 824/1998, (Marginal: 157418)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de abril de 2002, núm. 70/2002, N° Rec. 233/2015, (Marginal: 1667677)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 09 de octubre de 1997, núm. 861/1997, N° Rec. 2019/1993, (Marginal: 70437327)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 1997, núm. 528/1998, N° Rec. 1513/1993, (Marginal: 2425073)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 06 de junio de 1995, núm. 173/1995, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1665268)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de marzo de 1995, núm. 105/1995, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1665400)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 1990, núm. 139/1995, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1665242)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 1990, núm. 171/1990, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1663505)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 1990, núm. 172/1990, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1663640)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 1989, núm. 69/2004, N° Rec. 1188/1988, (Marginal: 70437330)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de febrero de 1988, núm. 231/1988, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1661486)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de enero de 1988, núm. 107/1988, N° Rec. 0/0, (Marginal: 1662461)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 1987, núm. 8914/1987, N° Rec. 0/0, (Marginal: 70437333)

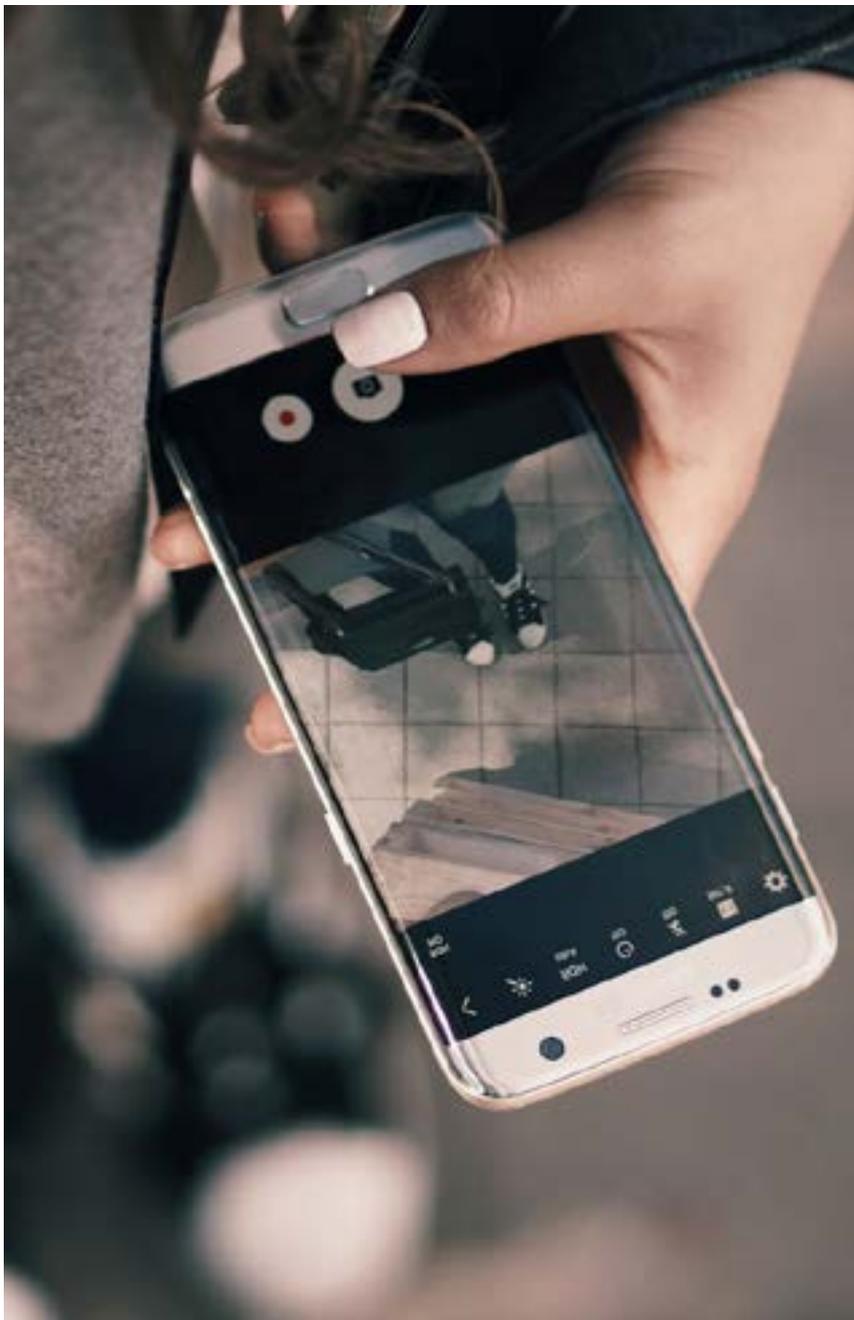


De esta forma, **el derecho a la Intimidad personal y familiar implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás**, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTS 156/2001, 233/2005 y SSTC 70/2002, 231/1988). En consecuencia, con independencia de su veracidad, no podrán publicarse en redes sociales información o imágenes privadas sin que la persona afectada haya prestado su consentimiento.

Asimismo, **el derecho a la propia Imagen—definida como la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción (fotografía, video, etc.), que incluye su representación física, el nombre, el apodo y la voz, de forma que la persona pueda ser reconocible** (STS 11/4/1987)—, tiene una vertiente negativa (ex art. 7-5 de la Ley Orgánica 1/1982) que prohíbe la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en su vida privada o pública) y un contenido patrimonial (ex art. 7-6 de la Ley Orgánica 1/1982) que permite la utilización en exclusiva por su titular del nombre, voz o imagen de una persona para fines comerciales.

Esto implica que **no podría subirse a una red social una fotografía en la que aparezcan personas que no hayan prestado su consentimiento expreso para la captación, reproducción o publicación de su imagen y su posterior utilización** (art. 2-2 de la Ley Orgánica 1/1982). Aunque no es imprescindible que el consentimiento sea escrito, bastando que sea inequívoco, puede acarrear un problema de prueba si es negado por la persona afectada. En esta línea, el Tribunal Supremo ha establecido que el hecho de que una imagen esté expuesta públicamente en una red social no significa que la misma pueda ser usada

“El límite de la Libertad de Expresión es la utilización de expresiones que constituyan insultos en cualquier contexto o expresiones vejatorias que no guarden relación con las ideas que se expresan y que resulten innecesarias para la exposición de estas “



libremente por terceros, sino que exige el consentimiento expreso de su titular (STS 91/2017).

Asimismo, **el uso de una imagen extraída de una red social, pueden constituir una infracción de la normativa sobre protección de datos, toda vez que (i) para revelar el nombre, fecha de nacimiento u otro dato de carácter personal, esto es, cualquier información de personas físicas identificadas o identificables (art. 3-a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) o (ii) cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 5-1-f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha norma); (iii) se requiere la previa obtención del consentimiento del afectado (art. 13-1 del Reglamento).**

MENORES

El generalizado uso de las redes sociales por menores, que, en muchos casos, no son conscientes de en qué medida comparten su información personal e intimidad, motiva que esté prohibido recabar datos de menores de catorce años sin autorización de sus padres o tutores (art.13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999), pues, como recuerda la Instrucción de Fiscalía General del Estado 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al Honor, Intimidad y propia Imagen de los menores, la tutela reforzada de sus derechos viene justificada por la mayor vulnerabilidad que tienen los menores por el hecho de que su personalidad se encuentra en pleno proceso de desarrollo y formación y, por tanto, se puede perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

Así, además de la mención genérica del art. 39-4 de la Constitución a los Tratados Internacionales sobre la protección que los poderes públicos deben prestar a los menores de edad, el art. 20-4 de la **Carta Magna hace referencia expresa a la protección de la juventud y la infancia**, lo que actúa como límite a la comunicación e interacción en redes sociales, dispensando a los menores una especial protección para tutelar su proceso evolutivo, condicionando su acceso a la información o a los contenidos de opinión en función de su madurez.

En esta línea, el art. 5-1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor establece que los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo; y el art. 4-2

“No podría subirse a una red social una fotografía en la que aparezcan personas que no hayan prestado su consentimiento expreso para la captación, reproducción o publicación de su imagen y su posterior utilización “

de dicha norma dispone que la difusión de información o la utilización de imágenes o el nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y

de protección previstas legalmente y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

CIBERDELITOS

Cuando las conductas revisten especial gravedad pueden ser constitutivas de delitos tipificados en

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.L., 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.L. C/ Recoletos 6, 28015 Madrid, o a la siguiente dirección de correo electrónico: datos@difusionjuridica.es.

* I.V.A. no incluido.

No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

“El uso de una imagen extraída de una red social, pueden constituir una infracción de la normativa sobre protección de datos”



el código penal, en especial tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que, entre otras cuestiones, tipificó conductas basadas en el uso de las llamadas nuevas tecnologías y matizó delitos ya existentes cuando se cometen usando estos medios.

De esta manera, **en las redes sociales se producen con frecuencia conductas dañinas, como acosar a otros usuarios insultándolos y difamándolos** (“haters”), publicar mensajes para provocar y molestar de forma anónima (“trolls”) o revelar información privada sobre una persona que permita su identificación o localización, con el propósito de generar un ambiente hostil o provocar represalias en el mundo real (“doxing”), que viene a ser una suerte de “escrache” virtual.

Estas actuaciones pueden constituir diversos delitos tipificados en el código penal, tales como el de vulneración del derecho a la intimidad y descubrimiento y

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

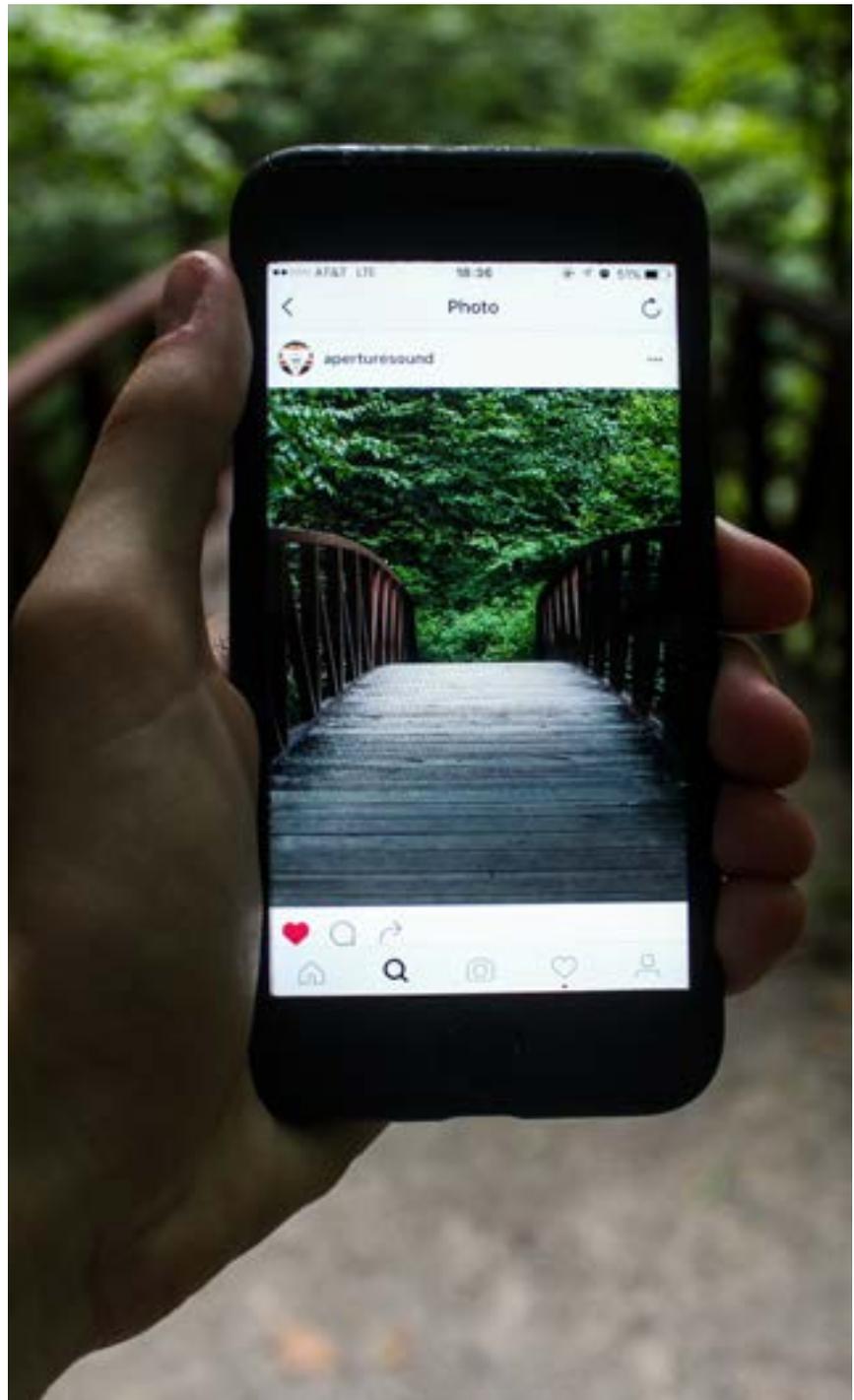
- CRUZ DE PABLO, JOSÉ ANTONIO. *Derecho penal y nuevas tecnologías*. Aspectos sustantivos. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2006
- DE LANUZA TORRES, JUAN JOSÉ. LILLO CAMPOS, FRANCISCO JAVIER. *Interrogatorio. Tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2013
- DE QUINTO ZUMÁRRAGA, FRANCISCO. *Sabelotodo de Nuevas Tecnologías*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2004

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- BACARIA MARTRUS, JORDI. *Régimen de privacidad de las aplicaciones de software para dispositivos móviles o tabletas*. *Economist&Jurist* N° 179. Abril 2014. (www.economistjurist.es)
- PONS, PEDRO. *Riesgos y seguridad informática*. *Fiscal-Laboral al Día* N° 156. Junio 2007. (www.fiscalaldia.es)
- LÓPEZ, JAVIER. *¿Cómo se prueban los delitos cometidos en soportes digitales?* *Economist&Jurist* N° 162. Julio-Agosto 2012. (www.economistjurist.es)

revelación de secretos (art. 197), amenazas y coacciones (arts. 169 y ss.), injurias y calumnias (arts. 205 y ss.), suplantación de identidad (art. 401), etc. Estas conductas pueden perseguir una finalidad concreta, en cuyo caso tienen una tipificación específica en el código penal, como es el caso del acoso laboral (art. 173-1), el acoso sexual (art. 184) y la violencia de género (arts. 172 ter y 173-2), en el caso de que este ciberacoso se ejerza sobre una pareja o expareja.

Asimismo, en determinados supuestos el derecho a la Libertad de Expresión decae en favor de un valor superior que se considera debe ser respetado. Así, se castiga a quien públicamente incite directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o persona, por motivos racistas o antisemitas, por ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, raza o nación, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad (art. 510), o a quien haga apología del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que puede cometerse el delito, aunque se haga con la intención de hacer un chiste (SSTS 30-12-2015 y 13-7-2016) o por el mero hecho de retuitear mensajes o comentarios de otros (STS 16-11-2017). ■



CONCLUSIONES

- La Libertad de Expresión es un pilar de la Democracia que puede ser ejercitada, también, en el ciberespacio y las redes sociales. Pero esta libertad acaba donde comienzan los derechos de los demás, por lo que no puede ser usada como excusa para agredir o vejar de forma innecesaria a otras personas, invadir su espacio privado o hacer uso de su imagen sin su consentimiento. Y la gran diferencia entre el mundo off line y el mundo on line es que todo lo que ocurre en éste deja un rastro virtual que puede ser seguido para localizar al autor, por lo que las cautelas deben extremarse

LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO. SUPUESTOS LEGALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA INSPECCION E INTERVENCIÓN DE DISPOSITIVOS DIGITALES



M. Teresa Martínez Sánchez. Fiscal de la Fiscalía Provincial de Barcelona

SUMARIO

1. La diligencia de entrada y registro
2. Supuestos legales en los que la policía está habilitada para entrar en un domicilio y proceder a su registro
3. Inspección e intervención de dispositivos digitales hallados en la entrada y registro

Se analiza en el presente artículo la diligencia de investigación de entrada y registro en lugar cerrado. Tras un análisis de esta diligencia de investigación y de los supuestos legales en los que la policía, en cumplimiento de sus funciones, está habilitada para entrar en un domicilio y proceder a su registro, y las principales cuestiones que se plantean, se examina la inspección e intervención de dispositivos digitales en la entrada y registro, y los registros remotos sobre equipos informáticos, en su regulación actual en los artículos 588 sexies y septies de la LECrim tras la reforma por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante), dentro del Libro II. Del Sumario, Título VIII bajo la rúbrica “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, rúbrica modificada por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, comprendiendo los artículos 545 a 588 octies, dividido en diez capítulos.

En un sentido genérico, **se entiende por entrada toda resolución judicial, por la que se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE para la consecución de fines o intereses constitucionalmente protegidos. Dicho derecho fundamental aparece recogido en el art. 545 LECrim: “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto e los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes”; y en el art. 18.2 de la CE: “el**

“El art 558 LECrim exige una mención a circunstancias tales como el momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. (Legislación. Marginal: 69726867). Arts.; 545, 551, 553, 558, 569, 588 bis, 588 sexies, 588 septies (545 a 588 octies)
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. (Legislación. Marginal: 6928027)
- Constitución española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Art.; 18
- Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. (Legislación. Marginal: 56101). Art.; 12

“El consentimiento del afectado, facilitando sus claves de acceso a redes sociales y dispositivos de almacenamiento masivo, legitima la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad protegido en el art. 18.1 CE”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de febrero de 2013, núm. 115/2013, Nº Rec. 10846/2012, (Marginal: 2421832)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2008, núm. 726/2008, Nº Rec. 10547/2008, (Marginal: 282453)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de octubre de 2008, núm. 1006/2009, Nº Rec. 2454/2002, (Marginal: 231030)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2008, núm. 758/2010, Nº Rec. 1150/2008, (Marginal: 2251484)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de noviembre de 1993, núm. 0/0, Nº Rec. 341/1993, (Marginal: 1664790)

domicilio es inviolable. Ninguna entrada y registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito”.

La diligencia judicial de entrada es la resolución judicial por la que se restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio con el objeto de practicar la detención del imputado o de asegurar el cuerpo del delito. Sus notas esenciales son:

1. Se trata de un acto que por imperativo constitucional (art. 18.2º de la CE) y de sus normas integradoras (art. 12 Declaración Universal de Derechos del Hombre, 17 PIDCP y 8 CEDH) está sometido al principio de exclusividad jurisdiccional, sin que pueda la Administración, autorizar, en principio, la limitación de este derecho constitucional.
2. Su objeto material lo constituye cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad a la vida familiar o a la privacidad del ciudadano.
3. Al incidir en el ámbito de un derecho fundamental, la diligencia de entrada ha de estar sometida al principio de proporcionalidad.
4. La diligencia de entrada no constituye acto de prueba, sino que se trata

de un acto indirecto de preconstitución de la prueba.

La solicitud policial para que judicialmente se acceda a practicar la entrada y registro deberá reunir los requisitos formales que señala el art. 588 bis b) LECrim; y la resolución judicial que autorice la medida de entrada y registro deberá concretar los extremos que detalla el art. 588 bis c) 3 LECrim.

SUPUESTOS LEGALES EN LOS QUE LA POLICÍA ESTÁ HABILITADA PARA ENTRAR EN UN DOMICILIO Y PROCEDER A SU REGISTRO

Los diferentes supuestos legales en los que la policía, en el cumplimiento de sus funciones, está habilitada para entrar en un domicilio y proceder a su registro son:

Delito Flagrante

La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la básica sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, y 472/1997, de 14 de abril, conecta, en referencia a los delitos, la flagrancia con la situación en la que la comisión de un delito se percibe con evidencia, y por lo tanto con la imagen en la que un delincuente es sorprendido y, por lo tanto, visto directamente, en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a su perpetración, siendo precisamente esta situación excepcional, que debe interpretarse restrictivamente, la que permite la detención inmediata de la persona concernida por la propia decisión policial como prevé el art. 553 LECrim. y, lo que es más relevante, se permite la entrada y registro de domicilio sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre las que se citan: STS 726/2008, STS 1006/2009, STS 758/2010, ha señalado como el concepto de delito flagrante a los efectos del art. 18.2 CE y 553 de la LECrm, queda delimitado por tres requisitos: a) inmediatez temporal (el delito se ha de estar cometiendo o se ha de haber cometido instantes antes), b) inmediatez personal (el delincuente se ha de encontrar allí en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ofrezca una prueba de su participación en el hecho), c) necesidad urgente de intervención con el fin de detener al delincuente o preservar fuentes de prueba, así como para poner término a la situación existente impidiendo la propagación del mal.

Consentimiento del titular

Por titular del domicilio debe entenderse la persona que vive en él, el morador, independientemente de su relación con el inmueble (propietario, inquilino, etc.). Este consentimiento puede ser tácito o expreso. **El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.** No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial. El consentimiento debe ser manifiesto y haberse otorgado una vez que el ciudadano haya sido informado de sus derechos, principalmente del derecho a no consentir la entrada y registro.

El art. 551 LECrm. admite el **consentimiento tácito o presunto. Para que sea válido se requiere: Un requerimiento por parte de la Policía al titular del domicilio, para entrar y registrar el mismo.** Que no existan actos de oposición por parte del titular del domicilio, invocando la inviolabili-



“El juez fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos; y fijará las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial”

dad de este. Que el morador realice los actos de colaboración necesarios, que de él dependan, en la entrada y registro.

Como dice RODRIGUEZ RAMOS, *“este consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición como de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla a favor de la no autorización en virtud del criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso, del titular de la morada”*.

Resolución judicial

El auto de entrada y registro será siempre fundado, y el Juez deberá expresar en él el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, y si tendrá lugar tan sólo de día, además de la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.

- **Requisitos materiales de la resolución judicial:**

La doctrina constitucional y jurisprudencial exige para la procedencia de la autorización judicial de registro que concurren sospechas fundadas en datos objetivos de la comisión de un delito, y de que en el domicilio

a registrar pueda hallarse el autor de la infracción criminal o efectos, instrumentos o pruebas de este resultando necesaria por ello la diligencia de registro para la averiguación y constancia de datos acreditativos de los hechos delictivos.

Sólo cuando sea estrictamente necesario se puede autorizar una intromisión en un derecho fundamental de la persona, debiendo acudir a otros medios de investigación siempre que ello sea posible. Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos requisitos: **Principio de especialidad, se exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto.** Si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más ponderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad). Si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad). Y, que el acto o resolución judicial que restringe esos derechos fundamentales esté permitido y regulado por una norma positiva.

- **Requisitos formales de la resolución judicial:**

El razonamiento mínimo del auto judicial manifestado en el art 558 LECrim exige una **mención a circunstancias tales como: Situación del domicilio. Momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro.** Efectos en cuya busca es encontrado el registro y delito con el que están relacionados. Identidad o identidades de las personas que resulten titulares u ocupantes del domicilio objeto de la diligencia, de resultar conocidos.

INSPECCIÓN E INTERVENCIÓN DE DISPOSITIVOS DIGITALES HALLADOS EN LA ENTRADA Y REGISTRO

Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Para la adopción de esta medida en la investigación del delito la autorización judicial deberá acomodarse a las normas generales del artículo 588 bis a) y siguientes con la especificidad que se contiene en el art. 588 sexies c).1, esto es, que **el juez fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos; y fijará las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial,** de tal manera que quede garantizado que la información sometida al tribunal de enjuiciamiento es la misma que la que fue incautada o aprehendida (cadena de custodia). Para ello **es fundamental las condiciones de volcado de los datos o clonación, esto es la realización de una copia de la información original garantizando que no ha sido objeto de ulterior**

manipulación. Ahora bien, **se deja a la libre disposición del juez y de los agentes de la Policía Judicial, la forma efectiva en que se llevará a cabo la conservación de la cadena de custodia, en tanto que no se ha dispuesto normativa legal para garantizar la conservación de la cadena de custodia de los dispositivos informáticos intervenidos.**¹

La regulación del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información se halla en los **artículos 588 sexies a) a 588 sexies c)**. De los que resulta:

Que el acceso a la información contenida en un dispositivo digital requiere **autorización judicial** previa que deberán ponderar los bienes en presencia en el caso concreto, controlando su necesidad e idoneidad, esto es, deberá realizarse un juicio de proporcionalidad, salvo en los casos de urgente intervención policial, y sin perjuicio de los supuestos del consentimiento del afectado.

El régimen de la autorización judicial (supuesto ordinario) está sometido a las normas generales de los artículos 588 bis a y siguientes de la LECrim, que regulan el procedimiento de adopción de la resolución judicial, el contenido de esta, ejecución de la medida.

La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos deberá justificar las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en los dispositivos.

El auto habilitante del registro domiciliario no habilita para acceder al contenido de los dispositivos, deberá estar expresamente detallado en la resolución judicial o bien autorizarse posteriormente. (artículo 588 sexies a). De ello se deduce que la autorización judicial para el registro de dispositivo puede tener lugar con carácter previo a la entrada y registro, de tal forma que

el auto habilitante autorice de forma expresa el registro de los dispositivos que se hallaren; o bien posteriormente a la diligencia de entrada y registro si se incautan dispositivos electrónicos y para acceder a su contenido, con autorización judicial posterior en este segundo caso.

El supuesto extraordinario se contempla en el art. 588 sexies c) en los casos de urgencia, cuando la Policía Judicial lleva a cabo el examen directo de los datos del dispositivo al ser imprescindible dicha medida, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, al juez competente, especificando las razones que justificaron la adopción de la medida, actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y el resultado. Para la aplicación de este supuesto extraordinario deben darse tres presupuestos: urgencia, necesidad de obtener información, y proporcionalidad.²



¹ Javier Rubio Alamillo, "La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Diario LA LEY, núm. 8662, 10 de diciembre de 2015)

² STC 115/2013, de 9 de mayo, entendió que "no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito la identificación de las personas que huyeron tras ser sorprendidas por la policía en el invernadero donde fue aprehendido el alijo de droga con igual eficacia, toda vez que gracias a la identificación inmediata del recurrente como usuario de uno de los teléfonos móviles encontrados por los agentes de policía se pudo corroborar su presencia en el lugar de los hechos, así como obtener otras pruebas incriminatorias para fundamentar la convicción judicial sobre su participación en el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado"

El consentimiento del afectado, facilitando sus claves de acceso a redes sociales y dispositivos de almacenamiento masivo, legitima la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad protegido en el art. 18.1 CE. Aunque no se halle expresamente regulado, la jurispruden-

cia del TS, en relación con la prestación del consentimiento de entrada y registro al domicilio, ha venido declarando reiteradamente que, si el investigado estuviere detenido, la validez del consentimiento prestado exige que el sujeto cuente con asistencia letrada para prestarlo, idénticas razones concurren en

el supuesto de que el detenido facilite voluntariamente sus claves de acceso a redes sociales y contraseñas de dispositivos. Esto obedece a garantizar que el consentimiento se haya prestado con plena libertad y conciencia del sujeto, sometido a una situación como es la detención policial, que objetivamente

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- JAVIER ANGEL FERNÁNDEZ-GALLARDO. *El consentimiento del detenido al acceso a sus redes sociales y dispositivos de almacenamiento masivo de información*. La Ley Penal núm. 126, mayo-junio 2017
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2186, febrero 2016
- JOAQUIN DELGADO MARTÍN. *Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015*. La Ley núm. 8693, febrero 2016
- FEDERICO BUENO DE MATA. *Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Diario La Ley, núm. 8627, 19 de octubre de 2015
- JAVIER RUBIO ALAMILLO. *La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Diario La Ley, núm. 8662, 10 de diciembre de 2015
- ALVARO LÓPEZ, M.C. *Una visión práctica sobre la diligencia de entrada y registro y el concepto constitucional de domicilio*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad núm. 4, enero-junio 2014
- HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ MARÍN, J.L. *Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Nociones básicas y análisis jurisprudencia*. Dilex, Madrid, 2013
- RODRIGUEZ LAINZ, J.L. *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones, Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. La Ley, Madrid, 2011

Disponible en www.casosreales.es

- SALLA GARCÍA, JAVIER. ORTEGA SORIANO, JORGE. *Actuaciones inspectoras en materia de protección de datos. El protocolo de inspección*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2008
- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Código de Protección de Datos de Carácter Personal*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2009

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PÉREZ MORILLA, JESÚS. *Domicilio a efectos de notificaciones, entrada y registro. Supuestos diversos*. Economist&Jurist N° 206. Diciembre 2016. (www.economistjurist.es)
- BACARIA MARTRUS, JORDI. *Las novedades del reglamento general europeo de protección de datos*. Economist&Jurist N° 201. Junio 2016. (www.economistjurist.es)

supone una inherente amenaza contra esas cualidades de un verdadero ejercicio de la voluntad personal.³

Registro remoto de equipos informáticos

El artículo 588 septies, a), b), c) LECrim regula el acceso por control remoto, que podrá ser autorizado por el juez para permitir el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que se persiga alguno de los siguientes delitos: **a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, b) delitos de terrorismo, c) delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, d) delitos contra la Constitución,**

de traición y relativos a la defensa nacional, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

La resolución judicial que lo autorice deberá contener las especificaciones que señala el art. 588 septies a) LECrim.

Conforme a la regulación legal el registro remoto puede presentar dos modalidades. La primera, a la que se refiere el precepto, la utilización de datos de identificación y códigos, mediante la que se accede a distancia al contenido del dispositivo mediante el uso de códigos u otros elementos identificativos, pero sin instalación de software alguno. La Segunda, a la que también se refiere el precepto, consiste en la instalación de un

software para acceder al contenido del dispositivo, se trata de los denominados “programas troyanos” que permiten escanear un disco duro y unidades de almacenamiento y remitir remotamente el contenido.

Si bien, podrían utilizarse también los denominados “keylogger”, instrumentos que almacenan las pulsaciones que se realizan en el teclado del ordenador, que pueden ser hardware (adaptadores conectados en el ordenador o en el teclado), o software (programas instalados en el ordenador ejecutables sin que el conocimiento del usuario, que guardan cada tecla presionada en el teclado y cuya información se remite por una red local o telecomunicación.⁴ ■

CONCLUSIONES

- La reforma de la LECrim en esta materia responde a la necesidad de regular este acto de investigación judicial, que se ha demostrado como uno de los más eficaces en la instrucción penal, y con ella se ha recogido en su articulado los argumentos desarrollados por la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y que hasta ahora había servido para determinar los presupuestos previos y coetáneos para su realización
- Conforme a la nueva regulación la medida relativa al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información podrá ser utilizada en la investigación de cualquier delito, aunque siempre deberá estar sometida a los principios rectores recogidos en el art. 588 bis.a) y siguientes LECrim. No obstante, deberá tenerse en cuenta que la simple incautación del dispositivo no legitima el acceso a su contenido, sino que se requiere autorización judicial, salvo en los casos de urgente intervención judicial que regula la propia LECrim, y salvo que exista consentimiento del afectado
- Y ello es así por cuanto en los dispositivos de almacenamiento masivo de información coexisten una serie de datos, tales como comunicaciones a través del sistema de mensajería instantánea, listas de contactos, datos personales, fotografías, videos...que afectan al derecho fundamental a la intimidad y al derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones, que exige la proporcionalidad para acceder al entorno virtual del investigado
- Por otra parte, los registros remotos suponen una afectación aún mayor a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por ello la nueva normativa exige un estricto control judicial, sin que sea posible su utilización por la policía en casos de urgencia sin previa autorización judicial

³ Javier Angel Fernández Gallardo, “El consentimiento del detenido al acceso a sus redes sociales y dispositivos de almacenamiento masivo de información”, LA LEY Penal n° 126, mayo-junio 2017

⁴ Joaquín Delgado Martín, “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley núm. 8693, 2 de febrero de 2016

LA JURA DE NUEVOS LETRADOS DEL ICAV SE CONVIERTE EN UN EMOTIVO ACTO GRACIAS A LOS HOMENAJEADOS Y CUENTA CON LA PRESENCIA DEL MINISTRO DE JUSTICIA

El acto de Jura o Promesa de los nuevos letrados que entraron a formar parte de la familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia tuvo lugar en el Palacio de Congresos de Valencia con la presencia del ministro, Rafael Catalá y numerosas personalidades del mundo de la Justicia, la Política y la Educación, además de la Junta de Gobierno del Colegio.



BORJA ADSUARA, DIRECTOR DEL MÁSTER DE DPO Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE EIS, MIEMBRO DEL CONSEJO ASESOR PARA LA INNOVACIÓN EN LA JUSTICIA



D. Borja Adsuara

El Consejo Asesor para la Innovación en la Justicia se ha constituido para que sus integrantes aporten su visión estratégica y experiencia en los ámbitos de la tecnología, la innovación y la gestión de organizaciones para impulsar la acción del Gobierno en la transformación digital de la Justicia.

JULIÁN SANZ GÓMEZ TOMA POSESIÓN COMO DECANO DE LOS ABOGADOS DE SEGOVIA



D. Julián Sanz Gómez

Sanz Gómez ganó a la candidatura de Juan Luis Figueredo en las elecciones y se ha convertido en el nuevo decano del colegio de Abogados de Segovia.

EL ICAM ACTIVA EL CUMPLIMIENTO DE SU PROGRAMA ELECTORAL

El Colegio de Abogados de Madrid ha puesto en marcha un plan estratégico para hacer realidad el programa electoral de la Junta de Gobierno de José María Alonso. Durante una jornada de trabajo los diputados y directivos han trazado conjuntamente las líneas estratégicas que guiarán a la corporación madrileña durante el periodo 2018-2022, la hoja de ruta incluye 21 iniciativas a implementar a través de 110 medidas concretas.



LUIS ALONSO, SOCIO DE MERCANTIL DE CLIFFORD CHANCE, MEJOR ABOGADO M&A DE ESPAÑA 2018



Luis Alonso, socio de mercantil de Clifford Chance, ha sido distinguido por segundo año consecutivo con el premio Client Choice 2018 al mejor abogado de fusiones y adquisiciones en España.

BROSETA REFUERZA SU ÁREA DE BANCARIO Y FINANCIERO CON LA INCORPORACIÓN COMO SOCIO DE CARLOS GUTIÉRREZ



D. Carlos Gutiérrez

La Firma ha incorporado a Carlos Gutiérrez para dirigir el área de Bancario y Financiero de la oficina de Madrid.

JAVIER CREMADES RECIBE EL PREMIO “JURISTA DEL AÑO”



D. Javier Cremades

El Embajador de la República Federal de Alemania, Excmo. Sr. Peter Tempel, y el Presidente de la World Jurist Association, Sr. Dr. Franklin Hoet, son los anfitriones de la ceremonia de entrega del Premio “Jurista del Año” a Javier Cremades.

JAUSAS DA UN PASO MÁS EN SU PLAN DE CRECIMIENTO EN MADRID CON LA INTEGRACIÓN DEL DESPACHO GMQ ABOGADOS

JAUSAS ha integrado al despacho GMQ Abogados liderado por Rodrigo Martos y Andrés de la Quadra-Salcedo. Con ello, JAUSAS cumple con el objetivo de crecer y reforzar su presencia en Madrid

incorporando un equipo de profesionales que le permitirá reforzar las áreas de mercantil, fusiones y adquisiciones, reestructuraciones e insolvencias, procesal, fiscal, laboral y administrativo.

DUTILH ABOGADOS PASA A SER DA LAWYERS



La firma madrileña Dutilh Abogados, especializada en derecho de los negocios, ha cambiado su denominación social que pasará a ser DA Lawyers. El cambio responde al nuevo reposicionamiento del despacho con el que se quiere hacer frente a los futuros desafíos legales del mundo empresarial en un mercado cada vez más global y digitalizado.

JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, NUEVO PRESIDENTE DE LA RED HISPAGURIS



D. Javier López y García de la Serrana

El abogado de Granada y socio director de HispaColex Bufete Jurídico, Javier López y García de la Serrana, es el nuevo presidente de la firma jurídica Hispajuris, con implantación en todo el territorio. Releva a Fernando Escura, que presidió dicha red en los últimos quince años.

NOVEDADES EDITORIALES

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETICIONES DE VIDEOJUEGOS

Palomar Olmeda, Alberto y Terol Gómez, Ramón

Ed. Difusion Jurídica

Págs. 249

La industria de los videojuegos es, en la actualidad, una industria y un mercado en alza. Son numerosos los estudios y los datos que demuestran esta afirmación y la propia percepción social, también lo demuestran.

Pero, como en todos los mercados emergentes, plantea problemas de todo tipo en la articulación de la regulación y el funcionamiento del propio mercado.



GUÍA PRÁCTICA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO (E-BOOK)

Carmen Algar Jiménez

Ed. Difusión Jurídica

Págs. 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?



LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DEL FUTBOLISTA

Iván Palazzo

Ed. Difusion Jurídica

Págs. 201

El proceso de globalización en el fútbol ha incrementado enormemente los traspasos de los futbolistas entre clubes pertenecientes a asociaciones distintas, lo cual obliga a sus protagonistas a conocer pormenorizadamente las normas que los regulan.

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



MANUAL BÁSICO DE DERECHO URBANÍSTICO

José Luis Rivero Ysern

Ed. Tecnos

Págs.200

Este Manual Básico de Derecho Urbanístico pretende ofrecer al lector una exposición sencilla de un ordenamiento complejo. Complejo por su estructura, función, y por la interdisciplinariedad que lo preside. En el Derecho Urbanístico conviven, aunque no siempre de manera pacífica, el Derecho Público y el Derecho Privado, la Arquitectura, la Sociología, la Gestión Empresarial y el Medio Ambiente.



LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO AUTONÓMICO, ESTATAL Y EUROPEO CONCEPTOS FUNDAMENTALES, SISTEMA DE FUENTES Y ORGANIZACIÓN

Vicente Álvarez García, Flor Arias Aparicio

Ed. Tecnos

Págs.492

El objetivo de estas Lecciones no es otro que sentar las bases, mostrar la estructura de los fundamentos del Derecho Público actual con todas las implicaciones que su aprehensión requiere. En ello estriba la particularidad de estas Lecciones en las que quedan evidenciados de forma concisa los principales contenidos del Derecho Público.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

www.libros24h.com

LIBROS24h.com
WWW.LIBROS24H.COM

LEGAL TOUCH,

crear presente
proyectar futuro



César Iglesias Rebollo
Jose Ignacio Sancho Varo
Human & Brave

abogados / consultores

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

LA MAYOR FUENTE
DE DATOS JURÍDICOS
A UN CLICK



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



Actualizaciones diarias
y análisis en profundidad
de miles de temas



Toda la práctica jurídica
de cualquier especialidad



Elaborada por los mayores
expertos en cada especialidad
del Derecho