
 <p>Opinión Dignidad, respeto y felicidad laboral Pág. 2</p>	<p>La Cara y la Cruz Los paralegales como valor en los despachos Pág. 2</p>	<p>Análisis La nueva casación contenciosa genera dudas interpretativas Pág. 19</p> 
--	--	---

Miércoles, 23 de marzo de 2016, Año XXV, número 917

Director: **Javier Moscoso del Prado**
Director adjunto: **Carlos Balanza Nájera**

ORGANIZADO POR THOMSON REUTERS Y ASCOM

‘I Congreso Internacional de Compliance’: Madrigal pide un "cambio profundo" del proceso penal

Pág. 31



José Manuel Maza Martín, magistrado de la Sala II de Tribunal Supremo, en un momento de la jornada inaugural del ‘I Congreso Internacional de Compliance’. Foto: Auriga Cool Marketing.

- La difícil tarea del compliance, Pág. 18
- Crónica de Tribunales. Análisis de las dos primeras sentencias del Tribunal Supremo, Pág. 26

GESTIÓN DEL DESPACHO

El perfil del abogado del siglo XXI

Pág. 29



ENTREVISTA

Rafael Navas, director general de la Mutualidad de la Abogacía

Pág. 22



SUMARIO

OPINIÓN.....	2
ANÁLISIS.....	6
INFORMACIÓN.....	21
ENTREVISTA.....	22
OBRA TOP.....	23
CRÓNICA LEGISLATIVA.....	24
CRÓNICA DE TRIBUNALES..	26
NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	28
GESTIÓN DEL DESPACHO....	29
TELARAÑA.....	30
LEY Y DOCTRINA.....	31
CON LA VENIA ... DE OROZ..	32

OPINIÓN

La apuesta por la dignidad, el respeto y la felicidad laboral



**SONIA
GUMPERT
MELGOSA**

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Tras la dura crisis económica que ha removido los esquemas tradicionales de las economías de consumo y en un mercado laboral donde se han diluido perfiles más conservadores en favor de otros que aprovechan la innovación para subir a posiciones de liderazgo, el sector legal o jurídico, desde luego, no se ha visto ajeno a la transformación de patrones que han afectado directamente en cómo los casi 240.000 abogados y abogadas ejercientes y no ejercientes enfrentamos nuestra profesión.

Así lo constata el VI Barómetro Interno de la Abogacía publicado en julio pasado donde se pone de relieve que el 85% de la profesión se ha visto afectada por la crisis.

En este contexto, y a pesar de que ha quedado cuestionada la tan manida frase de que "toda crisis es una oportunidad" –procedente de la falsa asociación entre ambos conceptos en chino–,

lo cierto es que no queda otra que renovarse o morir.

Y ello, partiendo de que en nuestro sector, algunos datos coyunturales nos sirven de referencia. Por ejemplo, según el VI Informe Spring Professional sobre titulaciones con más salidas profesionales realizado por Adecco en julio 2015, el grado en derecho se sitúa en octava posición entre las carreras con más demanda de profesionales por parte de las empresas que siguen valorando la versatilidad del abogado.

Además, tal y como se desprende de las ofertas de trabajo publicadas en buscadores de empleo, las especialidades con mejores salidas laborales son las áreas de derechos fiscal, mercantil, laboral, y comunitario. Y, por su parte, las áreas funcionales de asesoría jurídica y recursos humanos son las que generan el 75% de las ofertas de trabajo.

Sin embargo, cabe preguntarse y preocuparse por los 15.000 alumnos que cada año se licencian en las facultades de Derecho españolas; por quienes integran pequeños y medianos despachos; o por aquellos otros compañeros que ejercen de manera unipersonal.

Recogiendo este sentir, desde el Colegio de Abogados de Madrid hemos organizado la primera Feria de Empleo Jurídico –FEIURIS– prevista para el próximo 14 de abril. Una cita con el empleo para todos los abogados y abogadas que se

inicien en la profesión, quieran mejorar su situación laboral o tengan la necesidad de reciclarse. También está pensada para quienes tengan en perspectiva un proceso de selección en el seno de su organización, teniendo en cuenta que encontrará los mejores perfiles profesionales

Buscamos, en definitiva un punto de encuentro generador de oportunidades en nuestra profesión y, por eso, el lema que hemos escogido es "Haz que ocurra".

Para ello, junto a la posibilidad de tener entrevistas *in situ*, se ha diseñado un programa de talleres y conferencias orientados a ofrecer herramientas útiles y novedosas para la búsqueda de empleo porque, como publica un reciente estudio de Thomson Reuters, ocho de cada diez abogados considera que las nuevas tecnologías favorecen el desarrollo profesional y ayudan a la obtención de mejores resultados en los despachos. Se evidencia, también, que los profesionales jurídicos demandan nuevas herramientas que les ayuden a optimizar su fuerza de trabajo.

Con esta premisa de que la innovación ha pasado a ser una capacidad principal, los asistentes a FEIURIS tendrán ocasión de conocer aspectos sobre reorientación laboral; aprender a usar las redes sociales para un buen posicionamiento como candidato; saber qué perfiles son los más demandados y cómo presentarse como el mejor candidato; tener en cuenta la perspectiva de la

internacionalización; así como revisar todas las salidas profesionales, incluida la puesta en marcha de despacho propio.

En nuestra profesión sabemos bien lo que es emprender ya que tradicionalmente, a la vez que enmarcábamos el título de abogado, lo estábamos poniendo en el lugar preferente de nuestro recién estrenado despacho. Una escena que se ha recogido en la literatura y también en el cine.

Ejercer por nuestra cuenta de forma unipersonal ha sido una de nuestras salidas y, precisamente ahora, el autoempleo se ha revelado como una alternativa en auge en el mercado laboral, si tenemos en cuenta el aumento del número de autónomos. En términos generales, el emprendimiento cala entre los jóvenes y uno de cada tres estaría dispuesto a emprender.

Un reto ante el que las administraciones deben estar preparadas para dar respuesta, al igual que es prioritario que la igualdad salarial entre hombres y mujeres, así como la formación ocupen un lugar predominante para facilitar la incorporación y la superación en el mercado laboral.

Debemos trabajar para que nuestra profesión, cargada de responsabilidad por lo que supone de servicio a la ciudadanía, no esté alejada de variables como la dignidad, el reconocimiento y la felicidad laboral.

LA CARA Y LA CRUZ

¿De la regulación a la visibilidad profesional? Los paralegales como valor en los despachos



Carolina Banegas
Associate principal
Signium

Los paralegales son figuras relativamente modernas en España, su origen se remonta al derecho anglosajón. El razonamiento detrás de su proliferación en Estados Unidos cerca de los años 60 fue fundamentalmente de índole económica: como no son abogados titulados y ejercientes, tienen sueldo más bajo y el ratio-hora que se carga a los clientes es más barato que el de los abogados junior, siendo su coste de producción realmente ajustado. Cabe destacar una curiosidad a este respecto y es que, entre otros factores, en los rankings de facturación, los despachos anglosajones salen mejor parados en las mediciones de ingresos por abogado por, precisamente, recurrir a la contratación de este tipo de profesionales.

En ordenamientos jurídicos de tipo anglosajón, fundamentalmente Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, el ejercicio de la profesión de paralegal está más o menos regulado, siendo uno de los casos más extremos el de Ontario, donde estos profesionales forman parte de un cuerpo regulado, para el que se requieren estudios específicos y la obtención de una licencia pública. Todos los países mencionados cuentan con asociaciones oficiales y entidades certificadoras privadas e incluso en varios estados de Estados Unidos existe el *Paralegal's Day*, lo que es una prueba de su relevancia social; pero no se trata de unas leyes o reglamentos específicos, sino unas reglas autoimpuestas por parte de estas instituciones privadas, a las que voluntariamente los paralegales se pueden acoger.

Sin embargo, a pesar de que en las mencionadas geografías haya cierta normativización, no hay ninguna consistencia internacional en cuanto a su definición, funciones, estatus, condiciones de contratación, formación o acceso.

En cualquier caso, la falta de consenso no les resta una pizca de visibilidad en la cultura anglosajona, donde se han llegado a elevar en figura de 'pop-art' como es el caso de Erin Brockovich, a la que caracterizó Julia Roberts en la película del mismo nombre.

Parece que la autorregulación existente en éste ámbito en derecho anglosajón tiene sentido, ya que su trabajo tiene mucho valor y la línea que separa sus funciones de, por un lado, los abogados y, por otro, las denominadas legal *secretaries* en ocasiones es demasiado fina. Aunque hay argumentos a favor de una regulación estatal (otorgarían mayor reconocimiento y garantizarían la capacidad y los conocimientos necesarios para su ejercicio, entre otros), los argumentos en contra son más claros: la profesión se creó para apoyar a los abogados y no para sustituirlos, además de que generaría mayores costes y barreras de entrada, por lo que no habría incentivos para desarrollar esta carrera en lugar de la de abogado.

Internacionalmente son muy numerosos los licenciados en Derecho que deciden trabajar como paralegal. Ello es debido, en parte, a que el acceso al ejercicio de la abogacía en estos ordenamientos jurídicos es más estricto y competitivo, lo que hace que muchos de los aspirantes a acceder al 'Bar' (colegio oficial de abogados) trabajen como paralegals mientras preparan sus exámenes de obtención de la Licencia y que otros, opten por directamente no colegiarse.

Es importante destacar que, al contrario de lo que generalmente pasa en España, el ejercicio de la profesión de paralegal a nivel internacional es una carrera alternativa pero igual de estimulante que la de abogado, con grandes posibilidades de desarrollo tanto profesional como salarial y muy alejada del estancamiento y la comodidad.



Marta del Coto
Consultora
Iterlegis Legal Staffing Solutions

El mercado legal europeo está experimentando un notable incremento de posiciones de paralegales, profesionales con formación jurídica que ejercen funciones de apoyo en firmas de abogados y asesoría jurídica de empresa, con tareas técnicas de menor complejidad. Esto en parte se debe a la necesidad de cumplir las nuevas exigencias normativas de documentación, que han incrementado últimamente lo que en jerga profesional se llaman servicios estándar o "commodities", es decir, servicios jurídicos de menor valor añadido: éste es el foco de actividad principal de los paralegales.

Tanto en el ámbito internacional como nacional, se observa una fragmentación de los servicios legales en dos categorías: (i) los legales especializados ("a medida") y de un significativo valor añadido, que requieren de una alta cualificación técnico-jurídica, elevada especialización y profundo entendimiento de la realidad económico empresarial en la que deben aplicarse, y (ii) los de consumo masivo o *commodities*.

Los paralegales son profesionales frecuentemente muy valorados por sus superiores, pero con escasa visibilidad en el mercado legal. Quienes ocupan tales posiciones suelen ser abogados que han iniciado su andadura en firmas o empresas y que con el tiempo se reorientan hacia funciones que implican menor dedicación, en términos de complejidad. Entran en escalas remunerativas diferentes, que aceptan a cambio de una mayor estabilidad del puesto, menor presión y complejidad de tareas, reducción de su exposición al cliente o eliminación de su faceta comercial. Por su relativo anonimato y su menor número en comparación con otros países (pese a que hoy un 10% de los abogados de las grandes firmas españolas suelen ser paralegales) son difíciles de

detectar y poner en valor, aunque hay muchos casos de éxito entre los profesionales que ejercen como paralegales en España, que merecen reconocimiento y proyección.

En nuestro país, las posiciones de paralegales y de abogados se publican en medios idénticos (webs de empleo y *headhunting* especializado, LinkedIn, etc.), aunque la rotación de los primeros es mucho menor. Son perfiles más estables en su trayectoria y tienden a cambiar menos de empresa o firma. Al ser menos visibles en redes de *recruiting*, es más difícil localizarlos y reubicarlos en puestos con mejores condiciones. Demos pues este salto: cualifiquemos e identifiquemos a los mejores paralegales, creando una carrera profesional a su medida, diferenciada. Primero, la normativa tiene que hacer su parte.

España debería tomar nota del reconocimiento de los paralegales en Europa y América del Norte. En estas jurisdicciones hay diplomaturas y escuelas especializadas con habilitación profesional para los paralegales. Así se les hace visibles en el mercado y se crea, en consecuencia, un entorno meritocrático que redunde en una mejor oferta y mayor especificación de sus servicios. En el ámbito del *headhunting*, esta concreción de facultades facilitaría sin duda su progresión y mejoraría su carrera profesional.

Una vez regulado el acceso a la profesión de abogado, sería el momento de dar un paso de calidad y definir puestos, diferenciando habilitaciones. Si seguimos así, corremos el riesgo de mantener al paralegal en una zona sombría que impedirá a muchas empresas y despachos entender su importancia en cuanto a la calidad del servicio que prestan así como ser más competitivos en precio, cuestión fundamental en nuestros días.

Director: Javier Moscoso del Prado. **Director adjunto:** Carlos Balanza Nájera. **Coordinación contenidos:** Juan Iribas Sánchez de Boado, Inés Larrayoz Sola y Mercedes García Quintas. **Redacción y diseño:** Thomson Reuters Aranzadi. **Publicidad:** Jesús Cadenas. **Impresión:** Rodonal Industria Gráfica S.L. Editorial Aranzadi S.A., Camino de Gatar, núm. 15, 31190-Cizur Menor (Navarra), Tel.: 902 40 40 47 - 947 24 50 70. **Depósito Legal:** NA-85-1995- ISSN 1132-0257. **Contacto:** contenidos-AJA@thomsonreuters.com.

Cesión de derechos

Mediante el envío de originales, y siempre que estos sean aceptados para su publicación, el autor consiente la cesión a la Editorial Aranzadi, para todos los territorios y durante todo el plazo de protección de la obra, de los derechos de explotación (reproducción, distribución y comunicación pública) de su colaboración para su publicación en cualquiera de sus repertorios y revistas, así como en sus colecciones periódicas, sola o junto a otras colaboraciones de distintos autores. La cesión alcanza a la edición en cualquier formato (papel o digital), así como a la comunicación a través de redes digitales. La cesión no alcanzará a actividades docentes o de investigación científica, ni impedirá la inclusión y/o difusión en repositorios, recopilatorios e intranets que se constituyan sin finalidad lucrativa por instituciones y entidades de carácter cultural, científico o educativo y cuya reproducción se realice para fines de investigación, docencia y difusión, siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.



THOMSON REUTERS **FORMACIÓN**

EL FORMADOR DE LOS PROFESIONALES JURÍDICOS



TE PRESENTAMOS UNA SELECCIÓN DE LOS MEJORES CURSOS E-LEARNING
PORQUE, DESDE THOMSON REUTERS, SABEMOS QUE LA FORMACIÓN
ES LA CLAVE PARA EL ÉXITO DE TU DÍA A DÍA



APROVECHA EL 10% DE DESCUENTO EN FORMACIÓN E-LEARNING

CIVIL / MERCANTIL: MEDIACIÓN CONCURSAL (FUR)

TRIBUTARIA: EXPERTO EN FISCALIDAD INTERNACIONAL. EXPERTO EN COMERCIO EXTERIOR

LABORAL: MEDIACIÓN LABORAL. GESTIÓN LABORAL Y FISCAL DE TRABAJADORES EXPATRIADOS

COMPLIANCE: EXPERTO COMPLIANCE OFFICER

T. 91 754 90 54
www.aranzadi.es/cursos
www.tienda.aranzadi.es



THOMSON REUTERS

En tiempos de cambio... más profesionalización



ALBERTO PALOMAR OLMEDA

Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo

La actual situación política y la incertidumbre que, de alguna forma, se ha instalado en la sociedad española de nuestros días tiene mucho de novedad y, de alguna forma, ha convulsionado nuestras pautas de actuación establecidas de forma, esencialmente, consuetudinaria, desde la vigencia del texto constitucional de 1978.

Prescindiendo, en este momento, de las consecuencias y vicisitudes de orden estrictamente políticas, podemos indicar que es este un buen momento para reivindicar la necesidad de un futuro diferente y en el que las instituciones tengan un papel y una relevancia propia y, en gran medida, independiente de la propia dinámica política.

Durante la legislatura pasada se han publicado un conjunto de normas que afectan a la gestión pública y al modelo de organización de las Administraciones Públicas. Con todos los matices que se quiera podemos decir que esto supone un actualización evidente y un avance modernizador en el marco normativo de las Administraciones Públicas.

El problema no es, por tanto, de marco jurídico sino, esencialmente, de gestión del cambio y, sobre todo, de consenso sobre la necesidad de profesionalización de lo público y de la ordenación de su gestión. Esta gestión está necesitada de objetivación, debe superar la huella indeleble

de la corrupción, debe profesionalizarse y debe situarse en el plano de personas que hacen de esto su profesión, que admiten que la gestión necesita técnica, evaluación, responsabilidad, objetivos, compromiso, etc....

El aparato administrativo en su conjunto está necesitado de apoyo político para asentar las reglas de las nuevas leyes y para ordenar su actuación y su funcionamiento conforme a reglas que le doten de solvencia propia –al margen de la estrictamente política– y que propicien en la sociedad una sensación de seguridad en la gestión de lo público.

Una de las peores consecuencias de la amplia batalla penal que se vive en estos momentos en la vida política es, precisamente, la pérdida de confianza en lo público y en los gestores públicos. El alcance de la mancha penal es de tal nivel que, hoy, los ciudadanos no saben muy bien donde poner la línea divisoria entre lo bueno y lo malo. La mancha ha teñido el conjunto de lo público de un manto que, ciertamente, es irreal porque en la vida administrativa se realizan cientos de miles de actuaciones que responden –sin duda– a los principios constitucionales y operan dentro de la ley. Pero, al margen de esto, es cierto que los efectos de la actuación diaria y de la comprobación de las noticias nos sitúan en un plano ciertamente complejo en el que la diferenciación es, ciertamente, una labor nada sencilla.

En esta situación y, como decíamos, al margen de las vicisitudes políticas, lo que parece razonable como objetivo colectivo de la sociedad es intentar realizar un esfuerzo para reconquistar la imagen de lo público, para dotar a lo público de una seguridad y de una solvencia que, al menos, en imagen parece haberse perdido.

Las pautas de esta recuperación de imagen son claras: es preciso profundizar en el modelo que proponen las leyes de la anterior legislatura

ra y crear un servicio público (por utilizar la vieja denominación del siglo XIX francés) en el que predominen los elementos de gestión y de responsabilidad por la gestión y en el que la función gubernamental sea la que prevé el artículo 97 de la CE, esto es, la función de dirección del aparato administrativo que, de una forma profesional y neutral, contribuya a la realización del modelo político que se legitima en las urnas y que determina la conformación de una superestructura, esencialmente, democrática.

En las reformas de los últimos cuatro años, tanto en el estatuto del alto cargo, como en la ley de transparencia, como en el no-realizado desarrollo del EBEP, como en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público o, incluso, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones públicas hay elementos muy interesantes de ordenación de la función y de la actividad pública. Solo falta implantarlos, convencer al sistema de que son esenciales para su propia credibilidad, pedir sacrificio a quienes puedan llegar a tener la tentación de que el ejercicio no responsable o administrativamente impune es, sin duda, una forma de actuación más cómoda.

El problema central es que la comodidad se ha convertido en uno de los peores enemigos de la imagen real y de la percepción de los ciudadanos de los asuntos públicos. La actuación responsable y profesional será, sin duda, un escenario más complejo y difícil que el propuesto pero en la esencia de esta incomodidad está, precisamente, la esencia de la profesionalidad.

De los cambios que se avecinan, sin duda, éste es uno de los menos populares, de los más internos pero, desde otro plano, uno de los más necesarios en una sociedad que necesita creer que los asuntos públicos se gestionan con profesionalidad, con responsabilidad y con compromiso.

La comodidad se ha convertido en uno de los peores enemigos de la imagen real y de la percepción de los ciudadanos de los asuntos públicos



Ha sido Actualidad Jurídica

MAGISTRATURA

El Supremo reconoce el pago a los jueces por los días de descanso no disfrutados

La Sala III del Tribunal Supremo (TS) ha desestimado un recurso planteado por la Abogacía del Estado, mediante el que oponía al pago a los jueces por los días de descanso no disfrutados tras las guardias realizadas. Contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo número 4, que condenó a la Administración a abonar a un juez 6.600 euros por el concepto mencionado anteriormente, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación en interés de Ley. El Abogado del Estado defendía que la sentencia aplicaba una doctrina errónea y que representaba un grave daño para el interés general y estimaba que la cuantía de las indemnizaciones, teniendo en cuenta solo las guardias anuales de 24 y 48 horas, ascendía a un total de 6,7 millones.

El Supremo argumenta al recurrente, que únicamente cuantifica las guardias de 24 y de 48 horas, pero no incluye ni las guardias semanales, ni las guardias de disponibilidad permanente. Añade que desde el Acuerdo de 13 de octubre de 2013 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, está extendida la posibilidad del día de descanso tras el servicio de guardia o la correspondiente compensación horaria, para todos los Jueces y Magistrados que presten dicho servicio y que "difícilmente se va a producir el efecto multiplicador de persistencia en el futuro". El Supremo tampoco estima la concurrencia del grave daño para el interés general, porque no se ha acreditado suficientemente el alcance del posible efecto multiplicador, ni el número aproximado de posibles afectados.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

LexNet reduce de 60 a 19 días los plazos de tramitación de un procedimiento ordinario, según el Gobierno

El Gobierno ha hecho público el informe trimestral de seguimiento de mediadas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, en el que se afirma que desde la implantación de LexNet, en un procedimiento ordinario se ha reducido de 60 a 19 días el tiempo que se emplea en la presentación de escritos y los actos de comunicación. A pesar de que el uso de medios telemáticos para presentar escritos y documentos y realizar actos de comunicación procesal, entró en vigor el 1 de enero de 2016, el informe destaca que durante el 2015 ya se transmitieron electrónicamente a través de LexNet más de 49 millones de notificaciones, 2,2 millones de escritos de trámite y comenzado a iniciarse masivamente los escritos iniciadores.

Hasta finales del 2015 LexNet, contaba con más de 53.000 usuarios, pero el comienzo de la obligación ha incorporado a 148.000 abogados y 1.500 profesionales relacionados. Además 25,5 millones de ciudadanos ya disponen de informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud; 16.325 nacimientos ya han sido inscritos electrónicamente; 3,5 millones de documentos sanitarios europeos expedidos y 1,9 millones de empleos de las Comunidades Autónomas y de las agencias de colocación ofertados mediante el Portal Único de Empleo. Hasta el momento se ha conseguido ahorrar 30.495 millones de euros para las Administraciones Públicas.

ESTADÍSTICA

La cuantía media de las penas por asesinato en casos de violencia de género es de 19 años y medio de prisión

Un informe realizado por el grupo de expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, revela que la cuantía media de las penas por asesinato en casos de violencia de género se situó en 2013 en

19 años y medio de prisión. Se trata de una cifra ligeramente superior a la de un año antes, que fue de 18 años y medio. El informe revela también que han aumentado las condenas por homicidio, con una media en 2012 de 11 años y tres meses, frente a los 13 años y tres meses de prisión, en el 2013.

El grupo de expertos ha analizado un total de 108 sentencias dictadas por los Tribunales de Jurado y por las Audiencias Provinciales durante 2012 y 2013. De las 104 resoluciones, 95 fueron por asesinato u homicidio de mujeres a manos de su pareja o ex pareja (violencia de género) y el resto, por asesinato u homicidio en supuestos de violencia doméstica. También se ha visto que durante el 2012 la nacionalidad del autor en los casos de homicidio y asesinato en materia de violencia de género fue representada por el 60% de los extranjeros y un 40% de los españoles. Sin embargo, durante el 2013 se repartió a partes iguales entre españoles y extranjeros. Además, tres de cada cuatro mujeres muertas (un 74% de los casos) en 2012 a manos de sus parejas o ex parejas tenían hijos/as, frente al 77% de 2013.

PODER JUDICIAL

Entra en funcionamiento el primer directorio público de jueces y órganos judiciales

El pasado día 2 de marzo comenzó a funcionar el primer directorio de jueces y órganos judiciales de acceso público, cuya finalidad es que cualquier ciudadano tenga acceso a través de la web (www.poderjudicial.es) al nombre del juez que tramite su asunto, dirección y el teléfono del juzgado donde se tramita. El directorio incluye los órganos unipersonales, los colegiados como Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia y los Centrales: Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. El usuario visualiza un mapa de España con un listado de las 50 provincias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Pinchando en la que le interese, aparece un listado con todos los órganos judiciales que tienen su sede en la misma.

En España hay 5.502 jueces en servicio activo y en el directorio se facilita el conocimiento del destino que ocupan. En el BOE siempre se han publicado los nombramientos de los miembros de la carrera judicial para órgano judicial, pero lo que no existía hasta ahora era un directorio centralizado de acceso público que permitiera este tipo de consultas y solo los miembros de la Carrera Judicial podían ver estos datos a través de su extranet.

EFFECTOS DE LAS CRISIS EN LOS JUZGADOS

El número de ejecuciones hipotecarias presentadas en 2015 desciende un 15,6%

Según el informe *Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales*, recientemente publicado, durante 2015 han sido presentadas en los juzgados 68.135 ejecuciones hipotecarias, frente a las 80.749 iniciadas en el 2014, lo que simboliza un descenso de las mismas del 15,6%. Hasta la fecha, la cifra más baja se produjo durante 2009, año en que se presentaron 93.319 ejecuciones hipotecarias: en 2010 fueron 93.636; en 2011, 77.854; en 2012, 91.622 y en 2013, 82.680. La única excepción de las diecisiete Comunidades Autónomas la protagoniza Andalucía, donde no se registró una bajada de las ejecuciones hipotecarias en 2015, sino un aumento del 2,2% respecto al 2014.

En cuanto al número lanzamientos, durante el 2014 se realizaron 68.091 y 67.359 en 2015, lo que representa un descenso del 1,1%. El 53% de esos lanzamientos, es decir, más de la mitad, fueron consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU); el 43,4% procedían de ejecuciones hipotecarias y el resto, el 3,6%, se originaron por otras causas. Finalmente, el número de demandas por despido presentadas en los Juzgados de lo Social en 2015 fue de 104.457, cifra que significa un descenso del 11,6% respecto a las registradas el año anterior. Se trata de la cifra más baja de los últimos siete años.



EUGENIO
SIMÓN
ACOSTA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

A vueltas con la prueba de la residencia fiscal fuera de España

La residencia fiscal es el criterio más importante para establecer o determinar el alcance o ámbito espacial de los impuestos sobre la renta. En España, como es sabido, es elemento determinante de la sujeción o no sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y se define en función de dos circunstancias (la permanencia en territorio español y la radicación en España, de forma directa o indirecta, del núcleo principal o la base de las actividades o intereses económicos del contribuyente).

La permanencia en España es un criterio a primera vista objetivo (quien permanece en España más de 183 días del año civil está sometido al IRPF) pero a ello se añade un matiz subjetivo importante porque no se descuentan las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país. El criterio legal es claro pero el carácter esporádico de las ausencias incorpora un elemento intencional sólo demostrable a través de indicios o pruebas indirectas, sobre las que existe una gran confusión porque la práctica administrativa es errática y los tribunales no han puesto orden en este tema.

La tesis que la Administración ha venido sustentando consiste en que una ausencia sólo es esporádica cuando el contribuyente prueba su residencia en otro país mediante un certificado expedido por sus autorida-

des fiscales. Pongamos, por ejemplo la consulta 0893-98, de 26/05/1998. El interesado preguntaba por la documentación necesaria para acreditar su residencia fiscal en el extranjero. La Subdirección General de Relaciones Fiscales Internacionales dijo que "sólo se puede aceptar el certificado de residencia expedido por la Autoridad Fiscal competente de ese país, en el que consten su permanencia y sus obligaciones fiscales en el mismo" porque "con este certificado de residencia se podrá acreditar que una persona ha permanecido por un período superior a 183 días durante el año en ese país y, por consiguiente, no puede ser considerado residente fiscalmente en España". Otros certificados de residencia no sirven porque "una persona puede tener permiso de residencia o residencia administrativa sin que pueda ser considerado residente fiscalmente en ese Estado".

Mayor desatino que el de esta consulta es difícilmente imaginable porque ignora el derecho sustantivo y las normas sobre la prueba en materia tributaria. En efecto, la no sujeción en España no depende de la residencia fiscal en otro país, sino de que la ausencia sea esporádica: antes de hablar de la residencia fiscal en el extranjero hay que acreditar que la ausencia es esporádica y la carga de la prueba de este carácter corresponde a la Administración (art. 101.5 LGT). Es decir, antes de empezar a hablar del certificado, la Administración debe acreditar

Sólo quiero dejar constancia de tan insegura y vacilante doctrina administrativa y jurisprudencia



o bien que el contribuyente ha permanecido 183 días en España (criterio objetivo, pues no se descuentan los periodos de permanencia esporádica) o bien que sus ausencias han sido esporádicas. Sólo en este segundo caso se admite al contribuyente la prueba

de su residencia fiscal en otro país (no necesariamente con el certificado de la autoridad fiscal), como circunstancia que enerva la residencia en España.

Más recientemente se ha decidido, en aplicación de la Orden EHA/3290/2008 que aprueba el modelo de declaración de obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, que no se admiten otros medios de prueba que el certificado y que en éste ha de constar expresamente que el interesado es residente en el sentido del correspondiente Convenio de Doble Imposición (consulta V0790-14, de 24/3/2014). Un perfecto ejemplo de reglamento *ultra vires*.

Consulta V3473-15, de 12/11/2015

En los últimos meses se ha publicado otra consulta más sensata, que es la que ha suscitado este comentario: me refiero a la consulta V3473-15, de 12/11/2015, en la que la Subdirección General de Fiscalidad Internacional, en un caso de ausencia de certificado, afirma que "el consultante, en caso de ser requerido para ello por la Administración tributaria española, podrá emplear todos los medios de prueba admitidos en Derecho para acreditar su residencia en el Reino Unido". Esta es la doctrina correcta para las ausencias esporádicas: confiemos en que acabe prevaleciendo.

Los errores de la doctrina tradicional se manifiestan en las contradicciones en que se viene incurriendo en la práctica. En el caso de personas

que se trasladan a Perú por razones de trabajo por periodos superiores al año, se ha dicho que no es válido el certificado de residencia expedido por la SUNAT (órgano equivalente a nuestra AEAT) porque no basta permanecer en Perú más de 183 días para no tributar por IRPF en España, sino que hay que probar que se tributa en Perú por obligación personal (sentencia AN de 4/3/2009, que reitera el criterio de otras anteriores). En cambio, si se trata de traslado de un español a Dubai, no se le exige tributar allí por obligación personal y hasta incluso puede decirse que no es necesario ningún certificado porque, según el Convenio con los Emiratos Árabes, allí no tributan por obligación personal los nacionales de otros Estados; sin embargo, aunque no tributan por obligación personal, se admite la no sujeción en España porque el certificado dice que permaneció en Dubai todo el año (consulta V1840-13, de 5/6/2013, en la que se apoya la sentencia del TSJ de Madrid).

Más acertada es la sentencia del TSJ de Valencia de 16/9/2014 (JUR\2015\23409) que no sólo admite como prueba un certificado extranjero no apostillado, sino que, además, realiza algunas interesantes consideraciones sobre se presunción de veracidad de las declaraciones de los contribuyentes, que no se pueden rechazar con "una simple negación o meras conjeturas".

Hay más ejemplos contradictorios referidos a la sujeción o no sujeción al IRPF, a la práctica de retenciones, a los certificados específicos previstos en los Convenios de Doble Imposición, a las opciones que se permiten a residentes comunitarios, etc. pero no podemos ser exhaustivos en el espacio de esta breve tribuna. Sólo quiero dejar constancia de tan insegura y vacilante doctrina administrativa y jurisprudencia, claramente contraria a las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica.



Asimismo, los interesados en solicitar cualquiera de las prestaciones mencionadas podrán emplear los sistemas de identificación electrónica propios del portal 'Tu Seguridad Social'. Para acceder a este servicio es necesario disponer de un usuario activo y una contraseña en vigor y para activar el usuario y generar la contraseña deberá disponer de un código de activación que se obtiene de forma presencial en cualquier oficina de la Seguridad Social.

Después de la puesta en marcha del simulador sobre el cálculo de la pensión de jubilación, la Seguridad Social permite desde principios de febrero solicitar esta prestación desde 'Tu Seguridad Social', utilizando primero el simulador o de manera directa.

Para ello, el solicitante deberá completar la información que se le requiere, adjuntar la documentación y firmar la solicitud utilizando el certificado digital si ha accedido al portal con él o la firma centralizada (Cl@vefirma) si ha entrado al portal mediante contraseña Cl@ve.

ABOGACÍA

Inhabilitación para un letrado por simular la celebración de un juicio

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado y ratificado en su totalidad la sentencia dictada por la Audiencia de Palma contra un letrado de Menorca, como autor de un delito de deslealtad profesional, con circunstancia de dilaciones indebidas. Fue condenado a una pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado durante un año, a una multa de 4.320 euros y al pago de 16.000 euros a los dos denunciados perjudicados.

Según la resolución, el abogado mintió a sus clientes fingiendo además de la interposición de una demanda cuyo juicio jamás se celebró, la obtención de sentencia a su favor. El letrado recibió en 1994 el encargo profesional de legalizar una sociedad irregular dedicada a la explotación de una línea de autobuses para el transporte por carretera en Menorca. Durante los años 1994 a 1998 el letrado solicitó a sus clientes en concepto de provisión de fondos, el abono de 250.000 pesetas. Tras fingir la celebración del juicio y posteriormente comunicar sus patrocinados de la obtención de sentencia favorable, les manifestó que por medio de aquella resolución, percibirían unos cien millones de pesetas. Fueron repetidas las ocasiones en que los clientes solicitaron a su letrado una copia de la sentencia, ante lo que el letrado, con la idea de tranquilizarlos, les abonó una cantidad.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La pensión de jubilación y otras prestaciones ya pueden solicitarse vía Internet

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha dictado una resolución por la que permite a los ciudadanos tramitar y solicitar de manera electrónica diversas prestaciones del sistema.

En concreto, desde principios de marzo, está habilitada la posibilidad de tramitar la pensión de jubilación y las prestaciones de viudedad y orfandad a través de Internet, y desde el 7 de marzo se pueden solicitar también las prestaciones por maternidad y paternidad por esta vía.

Según la resolución del INSS, publicada el 1 de marzo en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la tramitación electrónica de estas prestaciones sólo será posible cuando el procedimiento no exija la aportación física de documentos por parte del solicitante.

Para presentar las solicitudes, los ciudadanos deberán acceder al portal 'Tu Seguridad Social', accesible desde la sede electrónica de la Seguridad Social. Posteriormente deberán identificarse mediante DNI electrónico, certificado electrónico o a través de Cl@ve permanente. El sistema Cl@ve permite a los ciudadanos identificarse ante la Administración mediante claves concertadas (usuario y contraseña), sin tener que recordar claves diferentes para acceder a los distintos servicios.

DERECHO DE FAMILIA

Los abuelos no tienen obligación de sufragar los gastos extraordinarios de sus nietos

La Sala Civil del Tribunal Supremo ha desestimado la obligación de sufragar los gastos extraordinarios de su nieta, a unos abuelos sobre los que ya recaía la obligación del pago de pensión de alimentos a la misma. La progenitora interpuso en 2014 una demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Gijón, mediante la que solicitaba que los cuatro abuelos de su hija (los dos paternos y los dos maternos), le pasaran una pensión de alimentos a su nieta y además pagar sus clases de música y clases de apoyo. Argumentaba que estaba impedida para trabajar por minusvalía y que su marido tenía una enfermedad que le impedía incorporarse al mercado laboral. La demanda, que se estimó parcialmente, condenó a los cuatro abuelos a pagar una pensión de alimentos a la menor por importe total de 250 euros mensuales (135 euros los abuelos paternos y 115 los maternos). La madre interpuso recurso ante la Audiencia, que ratificó el fallo del Juzgado y finalmente recurrió ante el Supremo con el mismo resultado. Recuerda la sentencia que no se condena al pago de los gastos extraordinarios, porque estos sólo se recogen en el artículo 93 del Código Civil para las relaciones entre padres e hijos, no para el caso de abuelos con nietos, cuya relación tiene su regulación en el artículo 142 del Código Civil, para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

ANÁLISIS

La novedosa respuesta penal frente al fenómeno 'sexting'



CARMELO
JIMÉNEZ
SEGADO

Magistrado. Doctor en Ciencias Políticas

Difusión inconsentida de imágenes o grabaciones íntimas

El fenómeno conocido como *sexting* (abreviatura de *sex* y *texting*) popularizó en las redes sociales de comunicación virtual una forma de intromisión ilegítima en la vida privada consistente en difundir imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido íntimo de una persona, inicialmente captadas con su consentimiento, pero divulgadas sin su autorización.

La reacción penal frente a este atentado contra la intimidad planteaba serias dificultades a la hora de subsumir esta conducta en el delito de descubrimiento y revelación de secretos. El consentimiento inicial de la persona afectada impedía entender que se hubiera ejecutado el acto de apoderamiento o la labor de interceptación exigida por el artículo 197.1 del Código Penal.

La cuestión se hizo problemática para la opinión pública con un mediático caso de difusión de un video erótico de una concejal de un pueblo de Toledo, filmado con su consentimiento, que terminó sobreesido y archivado por atipicidad de la conducta. En muchos otros supuestos semejantes se imponía igualmente una sentencia absolutoria por idéntico motivo: los hechos no constituían infracción penal; quedaba abierta la vía civil para reaccionar contra la intromisión ilegítima con los instrumentos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así, por ejemplo, la SAP Granada, Secc. 1ª, 351/2014, de 5 de junio (JUR 2014\258699), revocó la sentencia de instancia y absolvió, por atipicidad, al menor que difundió mediante su móvil una foto en la que se encontraba desnuda la menor que previamente se la había enviado por *whatsapp*. La misma Sección, en sentencia 486/2014, de 18 de septiembre (ARP 2014\1462), confirmó igualmente la absolución del acusado que había difundido por e-mail los encuentros cibersexuales mantenidos con el denunciante, mediante *Skype*, en los que ambos aceptaban desnudarse y realizar actos de masturbación transmitidos en directo a través de la *web-cam* de sus portátiles.

En este contexto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, añadió un apartado séptimo en el artículo 197, que desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2015, permite sancionar penalmente los supuestos de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones íntimas. A partir de la vigencia de la norma, si no se desea incurrir en este delito, será preciso contar también con el consentimiento del titular del derecho para efectuar la difusión.

Vulneración grave de la intimidad personal por la difusión inconsentida

El *bien jurídico* protegido por este delito lo constituye la intimidad, que es un concepto relativo que se define teniendo en cuenta «los usos sociales

[y] atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», como expresa el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica 1/1982. De este modo, la intimidad se concibe como el derecho de todo individuo a mantener un espacio de privacidad protegido frente

La *conducta delictiva* consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona que han sido obtenidas con su consentimiento («anuencia») en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Se exige además que como resultado de la divulgación se menos-

que esté fuera de la intromisión visual de los demás, literalmente «fuera del alcance de la mirada de terceros». Por ello, por muy íntimas que sean, si las imágenes eróticas se toman, por ejemplo, en una playa con la anuencia de su protagonista, no cabrá apreciar la comisión de este delito si quien las obtiene las difunde ulteriormente sin su

ner un hecho íntimo en conocimiento de terceros, sino porque los usos sociales podrían impedir entender que con ello se menoscabase gravemente la intimidad personal del que festeja su cumpleaños. Pero, ¿y si se trataba de una fiesta de cumpleaños muy exclusiva a la que había que acudir desnudo o con una vestimenta políticamente incorrecta? Salvo que se generalizasen socialmente estos modos de celebración, la difusión de las imágenes de este evento tan exquisito sin el consentimiento de los asistentes resultaría indiciariamente constitutiva del delito que analizamos.

Sujeto activo de este delito es quien difunda las imágenes tras haberlas obtenido con la anuencia de la persona afectada, según la literalidad del precepto, lo que planteará problemas probatorios para acreditar la identidad del autor, siendo admisibles las distintas formas de participación, incluso de una persona jurídica si concurren los requisitos legales para apreciar su responsabilidad (piénsese, por ejemplo, en un medio de comunicación que participa en la propagación de las imágenes o grabaciones) (arts. 31 bis y ter y 197 quinquies). Está castigado con *pena alternativa* de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, que se *agrava*, imponiéndose en su mitad superior, cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La misma agravación tiene lugar cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y cuando los hechos se hubieran cometido con fines lucrativos.

El delito se configura con *carácter semipúblico*, puesto que para proceder por el mismo, aun en sus modalidades agravadas, resulta necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. No es exigible denuncia previa cuando el delito lo cometa autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo. La acción penal se extingue por el *perdón del ofendido* o de su representante legal, sin perjuicio de que si la víctima es un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal y de nuevo el legal representante, puedan rechazar la eficacia del perdón otorgado por el representante, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena (arts. 130.1.5ª y 201).

Para terminar y como conclusión, debe juzgarse positiva la introducción de este nuevo tipo penal que pretende evitar la impunidad de una conducta cuando menos vejatoria y que no siempre encontraba acomodo en los genéricos delitos y/o faltas de trato degradante, amenazas, coacciones o injurias. Y es que el titular del derecho a la intimidad que consiente que le tomen o graben imágenes íntimas, ni se «despoja de su intimidad» ni da carta blanca para que el tercero al que le reveló su esfera más íntima la expone. No obstante, el carácter relativo del bien jurídico protegido unido a la indeterminación de alguno de los elementos del delito, exigirá ser cuidadosos en su interpretación para no contemplar una eventual desmesura de su ámbito de aplicación.



La 'conducta delictiva' consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona que han sido obtenidas con su consentimiento

a la injerencia de los demás, excepto en los casos en que la intromisión esté legalmente autorizada o en que el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso (art. 2.2 LO 1/1982). La jurisprudencia es unánime en el mismo sentido y define este derecho fundamental del artículo 18.1 de la Constitución como el «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 vida humana» (STC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994\57]; SSTS 666/2006, de 19 de junio [RJ 2006\4929], 358/2007, de 30 de abril [RJ 2007\3724]).

cabe gravemente la intimidad personal de esa persona, cuya autorización excluye la tipicidad de la acción.

La descripción típica presenta una serie de conceptos indeterminados que favorecen la inseguridad a la hora de aplicar este artículo 197.7. Resulta en primer término controvertida la cuestión de qué debe entenderse por lo que constituye el *objeto* del delito: imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona afectantes a su intimidad. Parece que entran dentro de tal esfera íntima las imágenes de contenido sexual, pero no necesariamente ni de manera exclusiva. Las imágenes o grabaciones tienen que haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar

consentimiento, porque una playa no es un domicilio ni está fuera de dicho alcance. Incluso si se tratase de una calita apartada, buscada de propósito para la grabación o la realización del reportaje fotográfico, cabría discutir que dicho recoveco estuviese fuera de la mirada ajena.

Pero no solo lo relativo al eros, claro está, constituye la esfera íntima; también entran de lleno en la misma hechos que ponen de manifiesto aspectos de la intimidad como la salud, costumbres, aficiones, la ideología, religión o creencias de la persona afectada. Por ello, por ejemplo, la difusión no autorizada por sus protagonistas de la grabación por uno de ellos de un parto en casa o de una misa en un domicilio serían conductas constitutivas de este delito, siempre que con tal divulgación se menoscabase gravemente la intimidad personal de esa persona, condición esta última que igualmente resulta indeterminada y cuya valoración pasa por aceptar el relativismo del concepto de intimidad en el que forzosamente hay que estar a los usos sociales y a los actos propios del sujeto afectado.

Difundir entre los contactos de *whatsapp* la grabación de la fiesta de cumpleaños de un amigo en su casa no parece que colme las exigencias del delito, pero no porque no suponga po-



LUIS ZARRALUQUI
SÁNCHEZ-
EZNARRIAGA

Abogado y presidente de Zarraluqui Abogados de Familia

ZARRALUQUI
Abogados de Familia

No cabe la menor duda de que la en otro tiempo vigorosa institución del matrimonio está cayendo en lo que yo he denominado en otro lugar una completa evanescencia. El antiguo fundamento de la familia y con ella de toda la sociedad, ya no sostiene nada. Su naturaleza contractual ya no es fuente de derechos y mucho menos de obligaciones. Todavía oímos en las pantallas de cine como los protagonistas, víctimas de un guiño anticuado, se prometen amor, fidelidad y compañía hasta que la muerte les separe. ¡Qué falacia! Nada les va a separar, porque nada les une. ¡Hombre un poquitín sí! Pero no mucho más.

Hace años esa naturaleza contractual del matrimonio facultaba a uno de los cónyuges a resolver el convenio – la unión – cuando el otro incumplía sus deberes esenciales. Era reflejo de la posibilidad general de hacerlo en tales casos. Se trataba de un reflejo de la justicia, que como la definía Ulpiano es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

No es posible aplicar este criterio a una situación, real y fiel del mundo actual, en que una pareja, unida por lazo contractual paritario puede desembocar en una situación a su ruptura como la siguiente: Uno de los contratantes se dedica al trabajo con entusiasmo y eficacia. Se instala en las cotas altas económicas de ingresos y ahorros. El otro cónyuge, cubiertas con creces las necesidades familiares y personales por su laboriosa pareja, se suma al mundo del placer y la farándula. En su hastío termina encontrando alivio en una desenfadada carrera de infidelidades, fácilmente escondidas a su atareado consorte. Pero pasado el tiempo, un error del confiado infiel descubre sus descarados engaños al no menos confiado esposo. Las coléricas protestas del engañado fueron replicadas enérgicamente por el adúltero: *un momento, un momento ... Como te pongas así, me enfado, me divorcio de ti y me vas a pagar una pensión compensatoria que te vas a quedar tieso. Tú tienes una fortuna y unos ingresos altísimos. Yo no tengo oficio, ni beneficio. No tengo bienes, ni empleo. A eso se le llama desequilibrio. Gigantesco desequilibrio al que corresponde gigantesca pensión y vitalicia. ¡Prepárate!*

Unión de hecho

La rival del matrimonio, la unión de hecho, llamada *more uxorio*, aunque nadie puede ya decir qué signo distintivo tiene lo uxorio, compite con su informalidad en aras de igualdad. Basta leer el Preámbulo del DL 3/2015, de 6 de octubre, de modificación del libro segundo del Código ci-



El matrimonio sin efectos

vil de Cataluña, relativo a la creación del Registro de parejas estables, que dice así: "El artículo 40 del Estatuto de autonomía de Cataluña establece que los poderes públicos tienen que garantizar la igualdad jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia. El Parlamento de Cataluña ha sido pionero en la ejecución de estas políticas no discriminatorias y de fomento de la igualdad en el ámbito familiar. Un hito, en los ámbitos catalán, estatal y europeo, fue la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. La Ley 25/2010, de 29 de julio, que apro-

bó el libro segundo del Código civil de Cataluña, continuó progresando en estas políticas familiares avanzadas al incorporar el contenido de la regulación de las parejas estables al libro relativo a la persona y la familia, al equiparar las parejas homosexuales y heterosexuales, y al atribuir a las parejas estables los mismos derechos sucesorios que a las parejas matrimoniales".

En todo caso, para el Derecho es de importancia capital la determinación del momento en que una relación comienza, un contrato obliga o un derecho nace. El *dies a quo* es trascendental.

Desde ese instante se mide la duración de una unión, que uno de los cánones a ponderar para la cuantificación o determinación, por ejemplo, de la pensión compensatoria. Por otra parte, esa duración es esencial para que una unión de hecho se ampare bajo un paraguas legal. El Código civil de Cataluña sólo considera pareja estable (art.234-1) en tres casos, uno de los cuales (a) exige que "la convivencia dure más de dos años ininterrumpidos". El art. 305 del Código de Derecho Foral de Aragón, considera también que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo. Para otras leyes autonómicas este plazo se reduce a un año. Pero, ¿desde cuándo? ¿Desde que uno de sus componentes se deja un cepillo de dientes en casa del otro? ¿Desde que tiene un pijama en el domicilio de su pareja?

Aunque la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pretendido defender la desigualdad entre matrimonio y pareja de hecho, los legisladores han venido igualando ambas uniones, pese a la falta de seguridad jurídica en la existencia de esta última. Por eso hemos visto con poca sorpresa que en la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, en pleno tsunami legislativo, se han derogados el número 2º del art. 314 y el art. 316 del Código civil, que reconocían la emancipación del menor por matrimonio, con dispensa, que permanece en el Código catalán [Art. 211-8. 1 a)], sin una explicación de los motivos en el larguísimo Preámbulo. ¿Es un signo más de la aversión de los legisladores hacia el matrimonio, que es, ha sido y será, la base de la familia?

Aunque la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pretendido defender la desigualdad entre matrimonio y pareja de hecho, los legisladores han venido igualando ambas uniones



THOMSON REUTERS

CHECKPOINT

EL VALOR DEL ASESORAMIENTO ESTÁ EN LA ESPECIALIZACIÓN

CHECKPOINT, EL ASESOR DE LOS ASESORES



Y ahora, sólo por solicitar información de Checkpoint, recibirás **GRATIS:**
DOSSIER SOBRE NOVEDADES 2015 EN LOS CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES, DE INTERÉS PARA EL ASESOR

LA HERRAMIENTA DE INFORMACIÓN Nº1 EN EL MUNDO

**ASESORÍA
EMPRESA**

masinfo@thomsonreuters.com
microsite.checkpointespana.es



THOMSON REUTERS

Los derechos de la defensa de las empresas inspeccionadas por autoridades de competencia



IRENE MORENO-TAPIA

Consejera



CRISTINA VILA

Asociada

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA

El 16 de febrero de 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) hizo público su plan de acción para el 2016.

Entre sus actuaciones anunció que elaborará –en la primera mitad del año– una nota sobre procedimientos de inspección con el objetivo de “proporcionar orientación a las empresas y asesores legales sobre las inspecciones que realiza la CNMC en las empresas investigadas. Tiene como finalidad aumentar la seguridad jurídica de las empresas y facilitar que las inspecciones se desarrollen con el menor coste para todos los implicados.”

Esta iniciativa es loable. Dejando a un lado las consideraciones relativas a la naturaleza jurídica que pueda tener una “nota” de la CNMC, acierta

dotándose de unas mínimas reglas de procedimiento para unos procesos tan intrusivos y trascendentes como son las inspecciones domiciliarias en empresas. Y en esa tarea no podrá ignorar el necesario respeto de los derechos de la defensa de las empresas inspeccionadas, tal y como el Tribunal Supremo ha establecido, tan crudamente para la CNMC, en fechas recientes.

Los amplios poderes que la ley reconoce a nuestra autoridad de competencia, desde la verificación de libros de la compañía hasta el acceso a cuentas de correo personal de sus empleados utilizadas presuntamente para uso profesional, pasando por el análisis de dispositivos electrónicos mediante modernas herramientas informáticas, son útiles para la detección de prácticas frecuentemente secretas. Ahora bien, precisamente porque el fin es ambicioso y los medios particularmente invasivos, parece razonable exigir de las autoridades un extraordinario cuidado en el ejercicio de sus facultades que resulte, al mismo tiempo, en un uso eficaz de los recursos públicos.

Asunto UNESA

La Sentencia de 10 de diciembre de 2014, en el asunto UNESA (ECLI:ES:TS:2014:5266), marcó el inicio de una serie de pronunciamientos del más Alto Tribunal anulando actividades inspectoras de nuestra autoridad de competencia. Le han seguido las sentencias de 27 de febrero de 2015 (caso Transmediterránea, ECLI:ES:TS:2015:941), de 15 de junio de 2015 (caso Montibello, ECLI:ES:TS:2015:2879) y de 16 de junio de 2015 (caso Colgate, ECLI:ES:TS:2015:2717). De esos pronunciamientos extraemos los siguientes principios.

Primero, la inspección solo podrá realizarse previo consentimiento expreso del interesado o con autorización judicial. En ausencia de esta última,

las empresas tienen el derecho de oposición y, para que éste sea válido y eficaz, han de recibir toda aquella información que les permita formar su criterio sobre el consentimiento que se les pide. “Las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y si puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida.” (FD 5º de la sentencia en el asunto Montibello). La CNMC no había comunicado a la empresa que su petición de autorización judicial para la realización de la inspección en su sede había sido denegada.

Segundo, la Orden de Investigación que presente el equipo de inspección debe indicar de manera suficiente el objeto y finalidad de la investigación (FD 5º de la sentencia en el caso UNESA), sin que quepa considerar que “la fundamentación de la Orden de Investigación pueda integrarse o completarse con los datos que figuran en [otra Resolución], pues tal modalidad de motivación in allunde no tiene cabida cuando [...] se trata de un acto que debe contener en sí mismo las indicaciones necesarias para que pueda cumplir el cometido que se le asigna como garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas.” Lo anterior ha de entenderse, en principio, independiente de la circunstancia de que el equipo de inspección presente igualmente un auto judicial autorizando la inspección y del contenido de dicho auto. Decimos “en principio” pues, en el caso UNESA, el auto judicial había



El objeto y la finalidad de la inspección son esenciales por cuanto condicionan el alcance de la actuación de los inspectores

sido tan parco en razones como la propia Orden de Investigación.

El objeto y la finalidad de la inspección son esenciales por cuanto condicionan el alcance de la actuación de los inspectores y, a su vez, se convierten en una garantía para la empresa inspeccionada. Los inspectores única y exclusivamente podrán incautar documentación relacionada con el objeto de la Orden de Investigación y, en su caso, de la autorización judicial. En caso de extralimitación, la incautación carecerá de cobertura legal (FD 3º de la sentencia en el asunto Colgate).

Tercero y último, a efectos de la motivación de la Orden de Investigación, no es suficiente que ésta contenga

una referencia genérica a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia o describa de manera amplia el ámbito afectado por la investigación (de mercado o territorial, por ejemplo). Las sociedades afectadas deben conocer qué se está investigando y los elementos sobre los que se va a realizar la investigación (FD 8º in fine de la sentencia en el asunto Transmediterránea).

La “nota” sobre inspecciones permitirá tomar la temperatura a la CNMC en un ámbito de evidente equilibrio complejo, en el que el Tribunal Supremo ha establecido claras líneas rojas. Es todo un desafío (jurídico) para la CNMC, que esperamos con impaciencia.

El mecanismo de segunda oportunidad cumple un año



IKER BERGES ANGÓS

Responsable de Departamento de Empresas de Ilex Abogados



La entrada en vigor de la Ley Concursal, que ponía fin a las antiguas quiebras y suspensiones de pagos, como un procedimiento colectivo para intentar el cobro, por parte de determinados deudores frente a un deudor común conllevó la actualización de una regulación desfasada y anacrónica. No obstante, esta nueva norma estuvo prácticamente inédita hasta el comienzo de la crisis económica y financiera, allá por el año 2008, y en la que aún hoy nos encontramos inmersos.

Pues bien, a partir de ese año 2008, con la declaración masiva de Concursos de Acreedores de personas físicas y jurídicas, comenzaron a entretenerse las dificultades de esta nueva regulación concursal, y que abocaba a la

mayoría de procedimientos a la Liquidación puesto que la posibilidad de alcanzar un Convenio, en la propia Fase de Convenio o de forma anticipada, en un procedimiento tan rígido y penado socialmente como el concursal resultaba demasiado complicado.

Así, es a partir del año 2009 en el que se procede a, progresivamente, ir introduciendo determinadas medidas dirigidas a superar la causa de insolvencia de forma previa al concurso o, en caso de que no fuese superada, intentar la aprobación de un Convenio con los Acreedores de forma anticipada. De este modo surge la “fase pre-concursal” del antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal (actual Art. 5bis de la Ley), la protección de los Acuerdos de Refinanciación con entidades financieras o, una de las últimas figuras, la del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Estadísticas de concursos

Sin embargo, si tenemos en cuenta las estadísticas de los Concursos de Acreedores se puede llegar a la conclusión de que en la mayoría de los casos las modificaciones legales introducidas han resultado un verdadero fracaso puesto que no se ha logrado frenar la recurrente liquidación concursal de los deudores que, además, en el caso de las personas físicas, resultaba mucho más dura ya que, una vez finalizado el procedimiento concursal por liquidación, las personas naturales

seguían siendo responsables de las deudas de forma universal, tal y como establece el Art. 1911 del Código Civil.

Es en esta situación en la que, ya hace más de un año, fue aprobado, con todo el impacto mediático que conllevó dicha aprobación, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, convalidado, y profundamente modificado, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, en el que se regulaba un *fresh start* a la española consistente en que una persona, física o jurídica, que se encontrase en situación de insolvencia podía ver como, tras la finalización de un Concurso de Acreedores, las deudas que no hubiesen sido satisfechas durante la Fase de Liquidación, salvo las de determinado tipo, serían canceladas y el deudor podría iniciar una nueva aventura profesional o económica sin el lastre de unas deudas derivadas de actividades económicas anteriores que, en caso contrario, le condenaban a trabajar de forma cuasi-fraudulenta durante toda su vida.

Sin embargo, y pese a las bondades que sobre el papel ofrecía la posible exoneración de las deudas si se cumplía con lo establecido en el Art. 178 bis de la Ley Concursal, la solicitud de este beneficio ha sido mínima lo que podría resultar muy sorprendente cuando multitud de empresas y empresarios han acudido al Concurso de Acreedores. Esta situación hace ne-

cesario analizar los motivos que han llevado a las personas, naturales o jurídicas, que se han visto en situación de insolvencia a no iniciar el procedimiento establecido para poder concluir un eventual concurso libre de deudas.

De este modo, si tenemos en cuenta los rígidos requisitos necesarios para poder ser beneficiario de la exoneración de deudas nos encontramos

con que determinadas condiciones pueden ser un obstáculo demasiado importante que han impedido, a muchas personas, cumplir con la totalidad de los mismos.

Así, desde lo arduo del procedimiento previo que hay que seguir, iniciando un expediente para alcanzar un Acuerdo Extrajudicial de Pagos y seguir el Concurso Consecutivo hasta la conclusión del mismo, pasando por el abono forzoso de los Créditos contra la Masa y los Créditos Privilegiados e, incluso, parte de los ordinarios, o la no exoneración de los créditos de derecho público, hasta la “amenaza” una posible revocación del beneficio otorgado si en el plazo de cinco años el beneficiario viniese a mejor fortuna, podemos imaginar que muchos de los deudores, que se encuentran con importantes dificultades, no pueden llevar a cabo unas actuaciones a tan largo plazo durante las cuales, además, el aspecto económico va a resultar de gran importancia pues además de los gastos de los procedimientos extrajudiciales y concursales habrá que tener en cuenta los derivados del abono de parte de los créditos.

Resulta obvio que esta regulación está condenada al fracaso salvo que se produzca una profunda modificación de la regulación dirigida a flexibilizar los requisitos que hagan mucho más accesible esta exoneración y que sea vista como algo con más ventajas que inconvenientes.

Esta regulación está condenada al fracaso salvo que se produzca una profunda modificación



JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS

Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo

El escrito de conclusiones tiene relevancia procesal, también en el proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona

La reciente STS de 16 de enero de 2016 -recurso 443/2015-, viene a despejar las dudas que pudieran suscitarse acerca de la pertinencia del trámite de conclusiones escritas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, reglado en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Recordemos que en estos preceptos no se contempla el referido trámite pues, concretamente, el artículo 120 LJCA dispone que "evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, con arreglo a las normas generales establecidas en la presente Ley", añadiendo el artículo 121.1 que "concluidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días".

En la sentencia de referencia, que dirime el recurso interpuesto por la Confederación Sindical ELA-STV contra la Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 27 de mayo de 2013 por la que se establecen los servicios mínimos del sector de hidrocarburos ante la convocatoria de huelga general del día 30 de mayo de 2013 en los territorios de la Comunidad Foral de Navarra y de la Comunidad del País Vasco, se aborda el motivo de casación articulado por dicha organización sindical con fundamento en el vigente artículo 88.1.c) LJCA por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, alegando que se ha producido indefensión para dicha parte.

En concreto, se aduce que una vez practicada la prueba en el proceso de instancia seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se declaró por esta concluso el período de prueba y concluidas las actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo. En el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la diligencia de ordenación que daba así curso a las actuaciones, la parte demandante y la sociedad mercantil codemandada presentaron sendos escritos reiterando la solicitud ya formulada en los respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda de seguir el trámite de conclusiones. Dicha solicitud es rechazada por la Sala de instancia con el argumento de que al tratarse de un proceso de derechos fundamentales, dicho trámite no está previsto en la ley ritual del proceso contencioso-administrativo.

Este es en esencia el núcleo del debate. La Sala de casación estima el recurso del sindicato recurrente y aunque reconoce con el Abogado del Estado que "el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales es un procedimiento sumario que no prevé ni en la legislación vigente ni en la precedente Ley 62/1978 la celebración del trámite de conclusiones" -invocando al efecto la STS de 3 de febrero de 2000 (recurso 7032/1993)-; sin embargo considera que "esa omisión expresa no comporta necesariamente que no fuera aplicable el art. 62 LJCA engarzado en el art. 24 CE". La conclusión, entonces, no puede ser otra que la de reponer las actuaciones al momento procesal de conceder el trámite de conclusiones a las partes.

Voto particular

La sentencia de referencia cuenta con un voto particular que asume los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado, considerando además que en este caso no procede la aplicación supletoria de las reglas del proceso ordinario. Estas reglas, por lo que a la cuestión debatida se refiere,



El trámite de conclusiones no constituye vía procesal adecuada para ampliar el debate procesal con nuevas alegaciones impugnatorias

se recogen en el artículo 62 LJCA en cuya virtud, y salvo que esta misma Ley disponga otra cosa, "las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia", solicitud que "habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba". Cuando ambas partes soliciten este trámite, el Secretario judicial proveerá en consecuencia y cuando no exista esta coincidencia entre las partes, "sólo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes". Es más, aun cuando "las partes no hubieran formulado solicitud alguna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas". Esta es, insistimos, la regulación del trámite en el procedimiento ordinario.

Hay que recordar que si bien la LJCA de 1998 persigue una mayor ora-

lidad en el proceso frente a la regulación anterior contenida en el texto de 1956, lo cierto es que las conclusiones escritas continúan siendo la fórmula preponderante en presencia de la otra alternativa constituida por la celebración de la vista. Y si bien es cierto que muchas ocasiones la práctica procesal enseña que el escrito de conclusiones se convierte para las partes en un asunto rutinario, con frecuencia reducido a una mera reproducción de los escritos de demanda y contestación, su relevancia procesal, sin embargo, ha sido reiteradamente subrayada por la jurisprudencia al afirmar que el trámite de conclusiones no solo admite, sino que es el momento procesal idóneo para que los recurrentes -en su caso, también para los demandados- procedan a concretar su pretensión, y esa idoneidad deriva de que es en ese momento procesal cuando las partes conocen el resultado de las pruebas practicadas y aportadas al proceso, pruebas que es lo que justifica dicho trámite, pues de no existir prueba se omite el trámite. De ahí que si el órgano jurisdiccional no da adecuada respuesta a la pretensión en los términos concretados en el escrito de conclusiones comporte ello una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues entenderlo de

otro modo equivaldría a vaciar de todo contenido, convirtiéndolo en un mero rito procesal, el trámite de conclusiones establecido por la Ley (Vid. SsTS de 10 de noviembre de 2005 -recurso 5464/2001 y 3 de febrero de 2016 -recurso 1706/2014-).

Limitaciones ya conocidas

Cierto también que dicho trámite no es abierto, pues por razón de su propia naturaleza -perfilar la pretensión ejercitada tras la actividad alegatoria y probatoria- encuentra determinadas limitaciones ya conocidas: en esencia, la imposibilidad de subsanar deficiencias del escrito de demanda o aducir cuestiones nuevas no planteadas en los escritos de demanda o contestación que impliquen alterar los términos del debate. En efecto, el trámite de conclusiones no constituye vía procesal adecuada para ampliar el debate procesal con nuevas alegaciones impugnatorias, deduciendo una nueva pretensión, pues como se ha indicado, su finalidad no es otra que presentar al Tribunal el resumen sucinto de las respectivas posiciones acerca de los hechos alegados, de las pruebas, en su caso, practicadas, y de los argumentos jurídicos esgrimidos, circunscribiéndose a lo ya discutido, sin poder adicionar o proponer "cuestiones nuevas", con la salvedad, claro está, en todo caso, de la solicitud de pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios en los términos que resultan del artículo. 65.3 LJCA (Vid. SsTS de 20 de diciembre de 1999 -recurso 429/1997-, 12 de junio de 2014 -recurso número 4119/2011- y 8 de junio de 2015 -recurso 3666/2013-).

Pero tales restricciones de este trámite no desnaturalizan su relevancia procesal; por el contrario, contribuyen a delimitar la función específica que el mismo representa en el entramado procesal en los términos expresados. Partiendo de este papel no precisa-

mente secundario del trámite de conclusiones escritas en el proceso y considerando la previsión contenida en el artículo 114.1 de la LJCA (el recurso de amparo administrativo se registrará "por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley"), ningún reproche habría que hacer a su exigencia en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, siempre claro está que previamente se haya desplegado en el proceso una fase probatoria, cuya valoración por las partes se antoja indispensable para aquilatar la pretensión ejercitada. Si los hechos litigiosos necesitan ser acreditados, las partes deben tener la oportunidad de extraer las conclusiones que, a la vista de lo evidenciado por las pruebas, permitan ratificar la pretensión por ellas formulada o, bien, su modificación en los términos jurisprudencialmente admitidos.

Precisamente, porque la regulación de este procedimiento especial guarda silencio sobre este trámite tras la fase probatoria -ésta sí expresamente contemplada en el artículo 120 LJCA- nada empece para su existencia conforme a la reglas generales del recurso ordinario, sin que el carácter preferente de aquél (artículo 114.3 LJCA) pueda justificar la omisión del trámite en cuestión y, con ello, un quebrantamiento de las garantías procedimentales determinante de indefensión. Nótese, por lo demás, que la preferencia, urgencia o sumariedad del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales significa simplemente la reducción de los plazos para la realización de distintos actos procesales respecto de los previstos para el proceso ordinario y, con todo, un sector de la doctrina (SANTAMARÍA PASTOR o FERNÁNDEZ FARRERES) cuestiona un tal diseño procesal focalizado en la abreviación de los plazos que, a la postre, solamente perjudica a las partes procesales.

El régimen de exención en el Impuesto sobre Sociedades y la transmisión de 'entidades patrimoniales'



GONZALO
GALLARDO

Socio del Departamento de Derecho Tributario de Garrigues

GARRIGUES

Una de las principales novedades de la nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades es la extensión del régimen de exención a los dividendos y las rentas obtenidas por la transmisión de determinadas participaciones en entidades residentes, anteriormente previsto únicamente para las derivadas de entidades no residentes. Especialmente llamativo es el nuevo tratamiento dado a las plusvalías por la transmisión de esas participaciones, ya que el régimen de deducción establecido para los dividendos de fuente española en la anterior normativa, en muchos casos, daba lugar a un resultado equivalente al de la actual exención.

Ley 27/2014

Así, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley 27/2014, para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2015, están exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas obtenidas por los contribuyentes sujetos pasivos de este impuesto en la transmisión de participaciones en sociedades españolas, cuando,

- en el momento de la transmisión, el porcentaje de participación, directa e indirecta, en el capital o en los fondos propios sea igual o superior al 5 por ciento, o el valor de la participación sea superior a veinte millones de euros, y
- se haya poseído esa participación durante al menos un año, computándose a estos efectos también, en su caso, el tiempo en que se haya mantenido por otra u otras sociedades que por sus circunstancias pudieran formar parte con ella de un mismo grupo de sociedades.

En ese artículo se incluyen unas reglas, de compleja aplicación en muchos casos, para determinar el cumplimiento

de ese requisito de participación mínima cuando la sociedad participada participe a su vez en otras sociedades; y, en ese caso, para calcular qué parte de la renta obtenida queda exenta cuando no todas ellas cumplan ese requisito.

Sin embargo, no siempre que concurren esas circunstancias la renta obtenida va a estar exenta del Impuesto sobre Sociedades. En el mismo artículo 21 se recogen unos supuestos en los que, o bien no se aplica la exención, o bien se hace parcialmente. Entre éstos, está el que se refiere a las sociedades que la Ley del Impuesto, en su artículo 5, define como "entidades patrimoniales". Así, con un cierto parecido a la definición de sociedad transparente o patrimonial de nuestro ordenamiento tributario de otras épocas, las entidades patrimoniales son aquellas en las que más de la mitad de su activo está constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica. A estos efectos:

- Por actividad económica se entiende "la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios", y en el caso de arrendamiento de inmuebles lo será cuando "para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa".

- Y por valores no se deben computar "(a) los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias, (b) los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; (c) los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; y (d) los que otorguen, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado".

- No se deben computar como activos no afectos a una actividad económica el dinero o los derechos de crédito procedentes de la transmisión de activos afectos a actividades económicas realizada en el período impositivo o en los dos períodos impositivos anteriores.

Especialmente llamativo es el nuevo tratamiento dado a las plusvalías



- "El valor del activo, de los valores y de los elementos patrimoniales no afectos a una actividad económica será el que se deduzca de la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad". Si es la dominante de un grupo de sociedades (según los criterios del artículo 42 del Código de Comercio) se considerarán para este cálculo los balances consolidados.

Cabe esperar dificultades interpretativas en la aplicación de estas definiciones como ya existieron en el pasado a la hora de considerar o no a una sociedad como transparente o patrimonial, a lo que hay que añadir que este nuevo concepto también presenta algunas diferencias respecto de las entidades patrimoniales a los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. Por otro lado, determinar la patrimonialidad de una sociedad a partir de lo que muestra su contabilidad puede ser, en algunos casos, criticable por no reflejar en cada momento los valores reales de los elementos que componen su activo.

Entre las particularidades que la Ley 27/2014 reserva a estas nuevas entidades patrimoniales, destacamos el especial tratamiento que le otorga a las rentas obtenidas por sus socios o accionistas por la transmisión de sus participaciones. En concreto, dispone en la letra a) del apartado 5 del artículo 21 que no se aplica la exención:

"A aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que tenga la consideración de entidad

patrimonial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley, que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación".

Este tratamiento nos recuerda, con sus diferencias y matices, al que se aplicaba, con carácter general, en la anterior normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades, a las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes en España (artículo 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades). En aquel texto se fijaba una deducción en cuota por los dividendos que se recibieran de esas sociedades, y, en caso de transmisión de las participaciones, una deducción en cuota por las reservas acumuladas durante el período en que las hubiera tenido. De esta forma, en la práctica, en la mayoría de los casos y como regla general, quedaba gravado el exceso del precio obtenido sobre el valor neto contable de las participaciones que se transmitían, es decir, el fondo de comercio y las plusvalías implícitas de los activos de la sociedad a la que corresponden esas participaciones; y eso es lo que pretende la Ley 27/2014 en el caso de las entidades patrimoniales.

Sin embargo, la ley anterior contenía un mecanismo corrector cuando esa tributación del transmitente provocaba una doble imposición, que la nueva no contempla. Esa situación se produce al tributar el socio o accionista cuando transmite las participaciones en la entidad patrimonial y tributar también esta entidad conforme vaya materializando el fondo de comercio o las plusvalías de sus activos. Estando vigente el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, esa doble imposición se corregía otorgando el derecho al nuevo titular de las participaciones en el momento en que éste percibía dividendos, a una nueva y adicional deducción equivalente a la tributación soportada por el transmitente o por anteriores titulares de la participación. Al desaparecer esta posibilidad, como consecuencia lógica de la instauración del régimen de exención respecto de las participadas residentes, y al negarle su aplicación a las entidades patrimoniales, la doble imposición se queda en esos casos sin corregir. Llegados a esta situación, y dependiendo de los casos, cabría plan-

tearse la posibilidad de materializar el fondo de comercio o las plusvalías implícitas con anterioridad a la transmisión de las participaciones.

Limitación a la exención

La limitación a la exención establecida en el artículo 21.5.a) para las rentas obtenidas por la transmisión de participaciones en entidades patrimoniales también se aplica a los casos en los que se transmiten participaciones de otra sociedad que participa directa o indirectamente en la entidad patrimonial. En ese caso, la exención se debería aplicar de una manera parcial al no poderse considerar exenta la parte de la renta total que proporcionalmente corresponda a la entidad patrimonial. Señala también la Ley 27/2014 que cuando las circunstancias que conducen a una sociedad a ser una entidad patrimonial se cumplan solo en alguno o algunos de los períodos de tenencia de la participación, la exención no alcanza a aquella parte de las rentas que "proporcionalmente se corresponda con aquellos períodos impositivos". Para el cálculo de la parte de la renta que debe considerarse exenta en estos supuestos habrá que seguir un criterio razonable, en muchos casos no falto de complejidad, y que deberá ser soportado adecuadamente por el contribuyente que ha obtenido la renta.

Por último, al igual que la exención en el caso de transmisión de participaciones en sociedades residentes, cuando se cumplan los requisitos del artículo 21.1 de la Ley 27/2014, se aplica sobre la renta obtenida en la transmisión realizada tras su entrada en vigor, sin otorgarse un tratamiento diferente a la parte generada con anterioridad a esa fecha, la limitación a la exención en los ejercicios en que la entidad tiene la condición de patrimonial se aplica aun cuando esa condición haya concurrido en ejercicios en los que no era de aplicación la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y en donde no existía esa limitación. Por lo tanto, si en algún ejercicio durante la tenencia de la participación, sin ninguna limitación temporal, se dieron las circunstancias del artículo 5 de la Ley 27/2014 para considerarla como entidad patrimonial, quedará una parte de la renta obtenida en su transmisión fuera del alcance de la exención, salvo que se pueda justificar convenientemente que en ese ejercicio no se contribuyó a la generación de la renta cuyo tratamiento fiscal se regula en el artículo 21 de esa Ley.

La AN reitera la inconstitucionalidad de las dobles escalas salariales pactadas en convenio



PERE VIDAL

Asociado (Abogado). Landwell-PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services



En su Sentencia de 8 de febrero de 2016 anula parte de un Convenio Colectivo por ser contrario al derecho a la igualdad.

Un Premio de vinculación "desigual", que no discriminatorio.

En fecha 14 de julio de 2015 fue registrado y publicado por la Dirección General de Empleo, el Convenio Colectivo Estatal de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos, con vigencia desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. El artículo 25 de dicho Convenio, preveía un Premio de Vinculación con el siguiente tenor literal:

"Las empresas abonarán, en concepto de premio de vinculación, a los trabajadores incluidos dentro del ámbito funcional del presente convenio al 31 de diciembre de 2014, el importe correspondiente a 1,8 mensualidades del salario de nivel, al cumplir 25 años de antigüedad en la empresa. [...] Los trabajadores contratados con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, no generarán el derecho a la percepción de este premio".

El Sindicato USO impugnó este último párrafo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando que se declarara su nulidad, por considerar que suponía una diferencia de trato por la exclusiva razón de haber ingresado en la empresa en una u otra fecha, en perjuicio de los trabajadores contratados con posterioridad al 31 de diciembre de 2014.

La doctrina constitucional sobre las dobles escalas salariales pactadas en Convenio Colectivo

Sobre las denominadas "dobles escalas salariales", se viene pronun-

ciando desde antiguo el Tribunal Supremo, pudiendo recordar su **Sentencia de 6 de abril de 1995**, donde hacía el siguiente razonamiento: "El que se reconozcan antiguos niveles retributivos ya alcanzados por aplicación de convenios anteriores no implica discriminación para los trabajadores que ingresan, vigente un convenio, y a quienes se aplica la estructura salarial establecida en el mismo...".

Más adelante, el Tribunal Supremo, en **Sentencia de 12 de noviembre de 2002** (reiterada en numerosas resoluciones posteriores), recordaba que "[...] la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación". Y es que "las diferencias de trato entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa establecidas en convenios o acuerdos colectivos pueden ser lícitas o ilícitas, [...] según estén o no basadas en una justificación objetiva y razonable [...]".

Dicho esto, recordar que en el ámbito de las relaciones laborales privadas rige el principio de **autonomía de la voluntad**, en tanto que el artículo 14 de la Constitución no impone en este ámbito una igualdad de trato absoluta, dejando margen para que las partes puedan disponer libremente la retribución del trabajador (respetando los mínimos legales o convencionales de aplicación).

Así, el criterio de la fecha de contratación o de ingreso en la empresa **no es una circunstancia prevista en el artículo 14 de la Constitución Española** ni tampoco en su trasposición a la legalidad ordinaria en el artículo 17.1 del E.T. Es decir, no constituye de por sí un factor de discriminación.

Sin embargo, un Convenio Colectivo estatutario -a diferencia de un Convenio colectivo extraestatutario de eficacia limitada, o un contrato de trabajo- "no se encuadra de forma completa en el ámbito de la autonomía privada", al ser un híbrido (un centauro jurídico, como dijera Carnelutti) con alma de Ley y cuerpo de contrato. Y es precisamente, esta eficacia normativa ("alma de Ley"), la que aparta a los Convenios Colectivos de la **interdicción de discriminación** destinada a evitar las diferencias de trato por razones netamente censurables (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, etc.), para situarlos en el ámbito de la **igualdad** ("Los españoles son iguales ante la ley", reza el primer inciso del art. 14 de la Constitución).



Sobre las denominadas 'dobles escalas salariales', se viene pronunciando desde antiguo el Tribunal Supremo

El criterio de la fecha de contratación o de ingreso en la empresa no es una circunstancia prevista en el artículo 14 de la CE

Es por ello que, si bien la fecha de ingreso en la empresa no es un criterio amparado por la "tutela antidiscriminatoria" del segundo inciso del art. 14 de la Constitución, si se plasma en Convenio Colectivo como criterio para percibir una u otra retribución, se convierte en una **medida restrictiva de derechos fundamentales**, por lo que para evitar su nulidad, deberá presentarse una justificación razonable, objetiva y proporcionada que faculte tal diferencia de trato.

El criterio de la Audiencia Nacional ante el Premio de Vinculación impugnado

Tras repasar la doctrina constitucional sobre la distinción entre el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación, concluye la Audiencia Nacional que no existía razón alguna justificativa de este trato desigual impuesto a los trabajadores contratados a partir del día 31 de diciembre de 2014, sin que pueda disfracarse dentro del respeto a niveles retributivos alcanzados en convenios anteriores, porque este premio de vinculación viene apareciendo ya desde el Convenio de 1996, anulando así el referido párrafo final.

BIENVENIDOS A NUESTRA TIENDA ONLINE

ENTREGA EN 48 H/72 H

5% DESCUENTO LIBROS

24 HORAS

ENVÍO GRATIS A ESPAÑA

VISITA, CONSULTA Y DESCUBRE www.tienda.aranzadi.es

ENCONTRARÁS TODOS LOS PRODUCTOS JURÍDICOS QUE NECESITAS



¿Se ha resuelto definitivamente la legalidad del uso de una marca como 'keyword' en Google Adwords?



ANTONIO
BALIBREA

Asociado senior de Procesal de ECIJA

ECIJA

Muchas son las dudas que existen acerca de la utilización de una marca registrada (o, incluso notoria o renombrada) como término de búsqueda en el sistema de referenciación conocido como Google AdWords, esto es, en el servicio prestado por Google mediante el cual un comerciante puede seleccionar determinados términos de búsqueda (keyword) que, al ser introducidos en el buscador, muestran, además de los resultados naturales, una serie de anuncios a cambio de un precio.

Lo que aparentemente pudiera constituir una evidente infracción del derecho de marca del titular de la misma ha sido matizado por la reciente Sentencia número 105/2016, del Supremo del Tribunal (Sala de lo Civil), de 26 de febrero.

Sin embargo, como más adelante se expondrá, esta sentencia del Alto Tribunal no da una respuesta completa

al interrogante sobre la licitud de usar una marca ajena como keyword en los servicios patrocinados de los motores de búsqueda ya que sólo ha sido abordado desde la óptica de la infracción del derecho de marca, que fue la acción ejercitada por la parte actora, y no como un acto de competencia desleal.

En efecto, la precitada Sentencia del Tribunal Supremo ha declarado que el mero uso de una marca registrada como keyword no constituye por sí solo una infracción de derecho de marca, sino que, para apreciar una infracción marcaria, es necesario, además, que se haya menoscabado la función indicadora del origen de la marca y que provoque riesgo de confusión en un usuario medio de Internet.

No olvidemos que la función fundamental de la marca, tal y como recuerda el fallo de la Sentencia sobre el asunto C-39/97 en el caso Canon v. Metro-Goldwyn-May, es garantizar al consumidor o usuario final la identidad de origen del producto o servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que proceden de otra empresa.

Así las cosas, desde un punto de vista práctico, para que exista una violación del derecho de marca, no solo hay que seleccionar como keyword una marca, sino que además el anuncio "patrocinado" tiene que inducir a error en un usuario medio, de manera que el propio anuncio contenga elementos que pueden confundir al consumidor, tales como la utilización de la marca

Mientras la Ley marcaria trata de proteger al consumidor, la Ley de competencia desleal protege al mercado



para designar el producto o servicio ofertado.

Infracción del derecho de marca

Por tanto, la infracción del derecho de marca se producirá siempre y cuando exista un anuncio (entendido como el propio resultado que aparece del motor de búsqueda) que induzca a error y confusión, con el que se hubiera menoscabado la función de origen de la marca.

Cuestión distinta es si el mismo acto –utilización de una marca registrada como keyword– puede constituir un acto de competencia desleal. Efectivamente, la Ley de Competencia Desleal establece unas conductas que pretende proteger "la competencia en interés de todos los que participan el mercado" (Artículo 1 LCD), bajo las cuales es posible apreciar la existencia de un acto ilícito.

Lo anterior no quiere decir que existe un error en la conclusión jurídica alcanzada por la sentencia, sino que el TS sólo se ha pronunciado sobre la perspectiva marcaria. En efecto, la acción concreta ejercitada por la parte actora ha sido únicamente la infracción de derecho de marca y la Ley Procesal impide que se resuelvan cuestiones no planteadas por las partes (Principio de Justicia Rogada), so pena de causar indefensión a la contraparte.

Pues bien, el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal establece que "se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional". Este artículo pretende proteger las ventajas competitivas que un agente del mercado ha desarrollado para el ejercicio de su actividad mercantil y para lo cual, naturalmente, ha invertido tiempo y dinero.

Indudablemente, uno de los activos que dispone una empresa para la comercialización de sus productos y servicios es la marca bajo la cual se venden los mismos y, por tanto, el uso

por un tercero de esa marca constituiría un acto de competencia desleal en tanto que un competidor se ha aprovechado de su reputación y popularidad para vender sus productos.

En este sentido y volviendo al supuesto de hecho analizado, la utilización de una marca ajena como término de búsqueda en los servicios de referenciación de pago constituiría un acto de competencia desleal toda vez que un tercero, a sabiendas de la popularidad de una marca, lo ha elegido de forma voluntaria con el objetivo de que su entrada sea más visible en los motores de búsqueda.

Así lo ha declarado de momento la denominada jurisprudencia menor, como la Sentencia nº 67/2014, del Tribunal de Marca Comunitaria, de 3 de abril, que así lo entendió en un supuesto de hecho idéntico al analizado.

Una vez examinada la cuestión desde distintas legislaciones, podría pensarse que existe una contradicción entre la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal ya que dan soluciones opuestas a una misma situación. No obstante, es preciso tener en cuenta que estas dos leyes protegen bienes jurídicos distintos.

Así, mientras la ley marcaria trata de proteger al consumidor, la ley de competencia desleal protege al mercado y, por tanto, el Ordenamiento Jurídico entiende que la utilización de una marca en AdWords ataca al mercado al aprovecharse de los esfuerzos de un tercero.

Los actos propios en el despido objetivo



MARÍA
EUGENIA
DE LA
CERA

Abogada de Laboral de Pérez-Llorca

Pérez-Llorca

Reflexiones acerca de la utilización, expresa o implícita, de la doctrina de los actos propios en el examen del despido objetivo.

Cuando se aprobó la reforma laboral del 2012 hubo unos meses de duda en los que se pensó que, con la nueva redacción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, concurriendo las causas objetivas allí descritas, la amortización del puesto sería procedente sin más. Sin embargo, nuestros tribunales no tardaron en concluir de forma unánime que, a pesar de haberse eliminado los elementos más subjetivos o abstractos del tipo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva les continuaba obligando a evaluar la existencia, legalidad e idoneidad de la causa.

Así pues, lo que el sentido común, el principio de buena fe y, por tanto, nuestros tribunales exigen para validar un despido objetivo es (i) que la decisión se fundamente en una causa real, (ii) que esa causa sea acorde con nuestro ordenamiento jurídico y (iii) que la medida, tal y como ha sido configurada por el empresario, se adecue objetiva

e idóneamente a la finalidad invocada para su adopción.

En el ejercicio de este triple examen, hemos visto que se recurren con mucha frecuencia, expresa o implícitamente, a la doctrina de los actos propios, razonando que, en aplicación del mencionado principio de buena fe (tipificado en el Código Civil a través de las figuras del abuso de derecho y el fraude de ley), la facultad de amortizar puestos de trabajo puede encontrar un límite en las conductas anteriores, coetáneas o incluso posteriores al despido que revelen una realidad o voluntad manifiestamente contraria a la pretensión extintiva.

¿Cómo afectan exactamente los actos propios en cada una de las tres fases del juicio de procedencia del despido por causas objetivas?

Análisis de la causa

En el análisis de la existencia de la causa, esto es, de la necesidad objetiva aducida por el empresario para la extinción de los contratos de trabajo, nuestros tribunales han acudido con frecuencia a los actos acaecidos con posterioridad al despido para determinar si efectivamente esa necesidad era real.

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de mayo de 2014 se razonó que, si el resto de trabajadores realizan horas extraordinarias para cubrir las mismas tareas o funciones que venía desarrollando el trabajador despedido, ello revela que no hay una auténtica necesidad de eliminar el puesto de trabajo.

Otro supuesto, aún más evidente si cabe, es aquel en el que un trabajador con contrato indefinido es sustituido con posterioridad por otro trabajador

con un contrato temporal, como ocurría en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de julio de 2014. Aunque en estas situaciones muchas veces se pone un especial énfasis en el reproche social que supone la llamada "precarización del empleo", desde una perspectiva estrictamente técnica, bastaría con acudir a la doctrina de los actos propios para declarar la improcedencia del despido, puesto que no cabe duda de que un contratación posterior cubrir esencialmente las mismas funciones, con independencia de su naturaleza, evidencia que el puesto no ha sido amortizado.

En el estadio del análisis de legalidad de la causa, el límite de los actos propios ha sido utilizado principalmente en dos tipos de situaciones.

De un lado, cuando se constata que, si bien es cierto que la causa concurre, esta ha sido auto-inducida. Este es precisamente el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de septiembre de 2013, donde las pérdidas se producen como consecuencia de una subida discrecional de los salarios de algunos trabajadores.

Y de otro lado, cuando el empresario asume voluntariamente la subrogación en una serie de contratos de trabajo como condición necesaria para obtener la adjudicación de una contrata. En estos casos, como ha afirmado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en varias ocasiones (véase, p. ej., su sentencia de 15 de abril de 2014), invocar la carga económica que se deriva de los términos y condiciones

contenidos en esos mismos contratos con el propósito de amortizar algunos puestos no es otra cosa que tratar de eludir una de las obligaciones inicialmente asumidas, lo que constituye un evidente fraude de ley.

Por último, en cuanto a cómo opera la doctrina de los actos propios en el juicio de idoneidad o adecuación de la medida extintiva, la principal duda que se nos plantea en la práctica es qué ocurre en aquellos casos en los que un empresario, ante una necesidad objetiva incontestada, amortiza puestos de trabajo y, al tiempo, paga bonus o sube el salario voluntariamente a los trabajadores que permanecen en la empresa.

A falta de una doctrina judicial clara al respecto, nosotros entendemos que, pese al contrasentido que esto pueda parecer a priori, desde el prisma jurídico, el poder de dirección del empresario le faculta para adecuar el volumen de sus recursos humanos a las necesidades económicas, organizativas, productivas y técnicas de su actividad, y simultáneamente premiar el buen rendimiento de la plantilla resultante, como incentivo de mejora. Nuestra legislación laboral no impone la obligación de adoptar medidas de flexibilidad interna frente a las de flexibilidad externa.

No obstante, esta conclusión será válida siempre que se produzca una auténtica amortización de puestos de trabajo y no, como apunta el voto particular de la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de octubre de 2015, si lo que subyace es la resolución de contratos más caros mediante la previa incorporación en la empresa de trabajadores con contratos más baratos.



Avances en la protección de las patentes en el sector de las telecomunicaciones



IGNACIO MARQUÉS JARQUE

Counsel Baker & McKenzie Barcelona

BAKER & MCKENZIE

Mientras en Barcelona se reúnen más de 100.000 ejecutivos con ocasión del Mobile World Congress, los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (especializados en litigios de patentes) han adoptado un protocolo específico de actuación judicial para proteger las patentes de los exhibidores.

Así, los juzgados de Barcelona (tradicionalmente pioneros en esta materia) se comprometen a dar una tramitación prioritaria y preferente a las solicitudes de medidas cautelares urgentes que pudieran suscitarse en el contexto del Congreso.

Se trata pues de actualizar el sistema de patentes, proyectado en los términos en que lo conocemos en el s. XIX, a la realidad económica y tecnológica de nuestro tiempo.

Uno de las patologías habituales del sistema de patentes en áreas altamente tecnológicas (como las telecomunicaciones) es la no siempre pacífica interacción del derecho exclusivo conferido por un título de patente con el derecho a la competencia consagrado en el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que se impide el abuso de la posición dominante de los actores en el mercado comunitario.

Cuestiones prejudiciales

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto varias cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados alemanes en el seno de la disputa entre las empresas Huawei y ZTE sobre esta específica cuestión.

Huawei es la titular de varias patentes esenciales para la implantación de tecnología 4G. Estas patentes se integran en total de 4.700 patentes que han sido declaradas como esenciales bajo la norma "Long Term Evolution" para la implantación de la tecnología 4G.

Como titular de patentes esenciales así consideradas por un organismo de normalización (como el European Telecommunication Standard Institute, "ETSI"), Huawei estaría obligada a licenciarlas a toda compañía que así lo solicite, siempre y cuando cumpla con los parámetros de las licencias FRAND (acrónimo de licencias "justas, razonables y no discriminatorias").

ZTE, tras intentar conseguir sin conseguirlo una licencia para la explotación de las patentes, comercializó varios dispositivos que, a juicio de Huawei, infringían dichas patentes. Ante la utilización y comercialización no autorizada de productos que incorporan tecnologías patentadas, Huawei interpuso ante los juzgados alemanes una acción de infracción de patente.

En su defensa, ZTE alegó que mediante la interposición de dicha acción de violación de patente Huawei estaría infringiendo el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prohíbe el abuso de la posición de dominio dentro del mercado de la Unión Europea.

Los juzgados alemanes decidieron plantear ante el TJUE ciertas cuestiones prejudiciales para dilucidar cual debe ser el correcto balance entre el derecho que confiere una patente esencial a su titular y la prohibición de abuso de la posición dominante.

Aprovechando la ocasión que este caso le brindaba, el TJUE ha sentado las bases para aclarar en qué condiciones la interposición de una acción de infracción de una patente esencial debe (o no) ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio.

Considera el TJUE que la interposición de una acción de infracción de patente esencial no constituye un acto de abuso de dominio siempre y cuando se cumplan tres condiciones específicas:

- que, con carácter previo a la interposición de la demanda, el titular de la patente esencial preavise al



imponer al titular de la patente esencial unas condiciones específicas que deberán ser cumplidas con carácter previo a la interposición de la acción de violación de patente.

La reciente sentencia de TJUE contribuye a actualizar y agilizar los fundamentos del sistema de patentes



presunto infractor concretando de qué manera considera que se ha infringido su patente;

- si en respuesta del anterior preaviso el presunto infractor manifiesta su voluntad de obtener una licencia, el titular de dicha patente esencial deberá ofrecerle por escrito dicha licencia en términos "FRAND", precisando los términos de la licencia (en especial, el canon);

- si pese a ello el presunto infractor continúa explotando la patente, sin tratar la anterior oferta con la debida diligencia.

Podemos pues concluir que el TJUE no ha dudado en otorgar prevalencia del derecho a la patente esencial frente al derecho de la competencia, si bien le

La sentencia del TJUE contribuye a clarificar cuales son los límites entre el derecho del titular de las patentes esenciales a la vista del derecho de la competencia, estableciendo mayor previsibilidad en la aplicación de tecnologías normalizadas e imponiendo a los participantes en el mercado claras obligaciones en relación a la solicitud y concesión de licencias FRAND.

La reciente sentencia del TJUE, junto con la muy encomiable iniciativa de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, contribuye a actualizar y agilizar los fundamentos del sistema de patentes que -aunque creado en el s. XIX-, sigue siendo el mejor sistema conocido para fomentar el avance tecnológico.



T. 91 754 90 12
masinfo@thomsonreuters.com
www.tienda.aranzadi.es

NOVEDAD
40% DE AHORRO

REVISTA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y NEGOCIOS INTERNACIONALES

Analiza los convenios de doble imposición y acuerdos de intercambio de información que ha firmado España con otros países, así como el régimen jurídico de los negocios internacionales, mediante la creación, transformación y movimientos de las sociedades de capital, de la insolvencia y del arbitraje internacional.

Directores: Guillermo Velasco Fabra y Pablo Chico de la Cámara.

Secciones: Estudios. Cuestiones prácticas. Legislación. Jurisprudencia **Periodicidad:** Cuatrimestral.

PVP: 300 € + 4% IVA.

OFERTA: 180 € + 4% de IVA (Válida hasta 30/06/2016).



PAPEL + EBOOK INCLUIDO EN EL PRECIO

THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

CHECKPOINT



NO PATINES. GESTIONA CON EFICACIA EL COMPLIANCE

CHECKPOINT COMPLIANCE

Servicio de Información Inteligente que facilita al Compliance Officer la **prevención, gestión y supervisión** de los potenciales **riesgos** a los que pueda estar expuesta la empresa.

¿POR QUÉ ES NECESARIO UN PLAN COMPLIANCE?

Porque con la **reforma del Código Penal** se declara que las personas jurídicas podrán incurrir en **responsabilidad penal por los delitos** cometidos por sus Administradores, Directivos y Empleados.

DESCUBRE NUESTRA SOLUCIÓN PARA EVITAR LAS SANCIONES PENALES

HACIA UNA NUEVA CULTURA COMPLIANCE

T. 900 40 40 47

masinfo@thomsonreuters.com
microsite.checkpointespana.es



THOMSON REUTERS



ANTONIO
CUETO

Senior Counsel de Bird & Bird

Bird & Bird

El pasado 18 de diciembre de 2015 fue publicado el texto de la Directiva para la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales), al haberse alcanzado un acuerdo provisional sobre la propuesta de Directiva inicial presentada dos años antes.

Entre las novedades relevantes que incorpora el texto de Directiva, merecen especial atención las medidas que se establecen para garantizar por todos los Estados la protección de la confidencialidad de los secretos comerciales en el transcurso de los procedimientos judiciales incoados para defenderlos.

En España, la publicidad del proceso se reconoce expresamente en la Constitución Española cuando en el artículo 120.1 se establece que "las actuaciones judiciales serán públicas", si bien con la salvedad de aquellas excepciones "que prevean las leyes de procedimiento". En el mismo sentido se pronuncia el artículo 24.2 de la CE estableciendo que "todas las personas tienen derecho (...) a un proceso público".

La regla general, por tanto, es la publicidad de las actuaciones judiciales tal y como se establece en los arts. 138.1 LEC y 232.1 LOPJ, incluida la práctica de pruebas (art. 289.1 LEC y 229.2 LOPJ).

No obstante lo anterior, existen en nuestro ordenamiento excepciones a esta regla general para atribuir carácter confidencial al contenido del proceso, que se encuentran en los arts. 138.2 LEC, 140.3 LEC, 259.3 LEC, 328.3 LEC y 232.3 LOPJ.

Confidencialidad de actuaciones judiciales

En este sentido, la confidencialidad de algunas actuaciones judiciales podrá ser acordada por el juzgador, según establece el artículo 138.2 LEC, cuando sea necesaria para la protección del orden público, de la seguridad nacional o para la protección de derechos y libertades, o cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario por concurrir circunstancias especiales que puedan perjudicar los intereses de la justicia.

De la misma manera que cuando se trate de la atribución por los tribunales del carácter reservado de la totalidad o parte de los autos siempre y cuando tal medida "resulte justificada" (artículo 140.3 LEC), atendiendo a las circunstancias que menciona el apartado 2 del artículo 138 LEC.

También encontramos referencias a esta confidencialidad en cuanto a la práctica de diligencias preliminares (259.3 LEC) y en asuntos de propiedad industrial (328.3 LEC).

Por último, el artículo 232.3 LOPJ, que consagra también este principio de publicidad de las

La confidencialidad del 'know-how' durante los procedimientos judiciales



actuaciones judiciales, establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones".

Es decir, la confidencialidad de las actuaciones judiciales, como excepción a la regla general, debe ser acordada de manera excepcional y siempre que concurran los requisitos anteriormente citados.

La cuestión no es baladí, pues si no se garantiza plenamente la confidencialidad de los secretos comerciales durante el procedimiento, evitando que puedan ser divulgados, las compa-

ñas pueden desconfiar del ejercicio de acciones judiciales para defenderlos.

Esto tiene enorme relevancia práctica porque uno de los motivos por los que los tribunales españoles desestiman las demandas por infracción del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, es precisamente por no haber identificado el demandante la información que constituye el secreto: "pero sin concretar cuáles serían esos secretos empresariales" (vid, STS, Sala de lo Civil, de 21-02-2012).

Tal preocupación ha sido recogida expresamente por el Considerando 14 de la propuesta de Directiva, cuando diagnostica que "A menudo, la perspectiva de perder la confidencialidad de un

secreto comercial durante los procedimientos judiciales disuade a sus poseedores legítimos de iniciar acciones para defenderlo, lo que pone en peligro la eficacia de las medidas y remedios previstos".

Para solucionar lo anterior, el artículo 8 del texto de la Directiva pretende que todos los Estados garanticen la confidencialidad de los secretos comerciales o presuntos secretos comerciales en los procedimientos judiciales incoados para su defensa, y que, por tanto, las partes, sus representantes legales, abogados, el personal de los órganos jurisdiccionales, los testigos, los peritos y cualquier otra persona que participe en el procedimiento o tenga acceso a documentos del mismo, mantengan ese deber de confidencialidad. Esta obligación se mantendrá en vigor mientras la información secreta no sea de dominio público o se establezca por resolución judicial firme que el presunto secreto no reúne los requisitos de protección.

El sistema propuesto por el texto comunitario implica un fortalecimiento de las medidas concretas para garantizar la confidencialidad de los secretos comerciales



La solicitud de medidas para preservar la confidencialidad incluye la posibilidad de restringir el acceso a documentos, a las audiencias o resoluciones judiciales. Los tribunales podrán adoptar estas medidas de oficio o a instancia de parte.

Además, el texto contempla que los Estados Miembros garanticen que los tribunales puedan imponer sanciones en caso de incumplimiento de las medidas establecidas para preservar la confidencialidad de los secretos comerciales.

A la vista de lo anterior, el sistema propuesto por el texto comunitario implica un fortalecimiento de las medidas concretas para garantizar la confidencialidad de los secretos comerciales, que supera con creces el que establece nuestra normativa interna, y que, de aprobarse finalmente, sería un gran paso en la protección de los secretos y en la confianza de los actores en el sistema que actualmente puede generar dudas razonables.

CÓDIGOS ARANZADI
TUS ALIADOS POR DERECHO

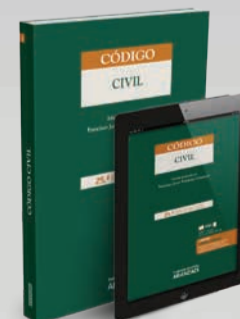
**NO PIERDAS EL JUICIO
¡NO ARRIESGUES!**

SI QUIERES LO MEJOR PARA TUS CLIENTES,
ELIGE LA COLECCIÓN DE CÓDIGOS ARANZADI

- Comentarios y anotaciones de los autores más prestigiosos
- Información constantemente actualizada
- Índice analítico exhaustivo para facilitar las búsquedas
- Acceso a la información desde cualquier lugar



Consulta todos los títulos de la colección
en tu librería habitual o en
www.tienda.aranzadi.es



 THOMSON REUTERS

¿Eres abogado?

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



PUEDES OBSERVAR LA HISTORIA O FORMAR PARTE DE ELLA,
¡TÚ DECIDES!

MÁS INFORMACIÓN.

T. 900 40 40 47

masinfo@thomsonreuters.com

www.aranzadi.es/aranzadifusion

NUESTROS CLIENTES OPINAN

“Herramienta ágil, intuitiva, muy flexible y fácil de usar, que nos permite personalizar las necesidades de la asesoría jurídica de la empresa. Es una única herramienta para todo, agilizando el trabajo diario.

Nos permite un seguimiento inmediato de los expedientes que se gestionan en la asesoría jurídica, tanto sencillos como muy complejos con muchas fases, incidentes o ejecución”.



Enrique Sánchez Fernández

Director Jurídico del Grupo Avanza

“Nos aporta inmediatez, precisión, eficacia, todo ello sin olvidar la constante puesta al día de cualquier actualización normativa o cambio jurisprudencial dentro de un sector tan especializado como el nuestro: el Derecho Marítimo”.



José Antonio Domínguez

Abogado en AIYON Abogados

“Nos aporta mucho orden y mucho control de todos los asuntos que llegan al Despacho y, al mismo tiempo, mucha seguridad de saber que tenemos toda la legislación al día y el análisis de las últimas sentencias que se han dictado”.



Javier Goldaracena

Abogado de Goldaracena Abogados

“Aranzadi Fusión es muy fácil de utilizar. Es muy intuitivo, no hay que ser un especialista en informática. En atención al cliente están muy atentos, la formación que prestan online está programada con lo cual te permiten tener tu agenda bien ordenada y están siempre encima de ti para que tengas todos los conocimientos necesarios para sacar el mayor provecho y el mayor rendimiento a la herramienta”.



Fernando Franchy

Abogado de Lexia Abogados y Economistas



THOMSON REUTERS

¿Cómo se previene un delito? (la difícil tarea de la compliance penal)



ISMAEL
CLEMENTE

Abogado de Uría Menéndez



Desde la entrada en vigor del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica en 2010 se ha recorrido un considerable camino en cuanto a su desarrollo doctrinal y legal: se han publicado decenas de libros y artículos monográficos, se han impartido quizá cientos de seminarios y conferencias, la Fiscalía General del Estado ha emitido dos Circulares (1/2015 y 1/2016), el régimen legal ha sido reformado por la LO 1/2015 (para aclarar extremos tan importantes como los requisitos de los modelos de prevención del delito y la capacidad de estos, si son eficaces, para provocar la exención de responsabilidad penal) y, recientemente, el 29 de febrero de 2016, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado su primera sentencia sobre la materia (donde la discusión ha versado, sobre todo, acerca de si la carga de la prueba de la existencia o inexistencia de esfuerzos preventivos recae en la defensa, como sostiene la minoría de

magistrados, o en la acusación, como defiende la mayoría).

Con todo, permanece —creemos— una ausencia. Imaginemos que soy el directivo de una empresa (o un profesional externo) a quien se le ha encargado diseñar un modelo o programa de prevención del delito, y que ha leído y seguido fielmente todo ese material legal y doctrinal. He intentado cumplir, especialmente, los cinco o seis requisitos del art. 31 bis del Código Penal, de modo que he proporcionado a mi empresa un órgano de vigilancia, un canal de denuncias, un sistema de verificación periódica del sistema de cumplimiento, un régimen disciplinario ante infracciones (las dificultades que esto implica en el Derecho laboral, por cierto, deberían ser objeto de un análisis detenido), una evaluación de riesgos, etc. Y además he tomado conciencia de que existe el riesgo de que mis empleados cometan, por ejemplo, el delito de estafa. Ahora, lápiz y papel en mano, estoy sentado frente a mi mesa de trabajo para decidir qué medidas preventivas debo desplegar para conjurar ese riesgo en concreto. ¿Cómo lo hago? ¿Impartiré un curso de formación? ¿Prohibiré en el código ético el comportamiento engañoso de mis empleados con las contrapartes en los negocios jurídicos? ¿Confiaré en que el canal de denuncias, con su naturaleza transversal, también disuada a los potenciales estafadores? Las fuentes antes citadas guardan silencio sobre este aspecto o remiten su solución hacia algún otro lugar indeterminado. La Circular 1/2016 dice que “no es el propósito de esta Circular desarrollar el contenido de las condiciones y requisitos de los programas de prevención...”. Parece que se diera

La propia Ley
extrapenal ofrece
pautas respecto de
algunos delitos



por supuesto que todo el mundo sabe prevenir el delito de estafa, que eso es lo más fácil, mientras que, a nuestro juicio, es lo más difícil.

Criminología

La ciencia que se ocupa de la prevención del delito, y a la que debería acudir nuestro directivo, es la Criminología. Pero los criminólogos —creemos— no ofrecen una respuesta ni consensuada ni exhaustiva a nuestras preguntas. Para la Criminología clásica el principal elemento contramotivador del delincuente era la amenaza de la pena. Si así fuera, la colaboración que el sector privado puede prestar al Estado en la prevención delictiva sería muy modesta, o casi despreciable, pues ninguna sanción laboral podrá compararse, en cuanto a gravedad, con la pena de prisión a disposición del poder público. Después, otras escuelas han ido prestando atención a otros factores (educacionales, sociales, incluso arquitectónicos o urbanísticos), pero ningún criminólogo, que sepamos, ha publicado un manual omnicompreensivo que enseñe a prevenir cada delito del Código Penal. Las empresas caminan, por tanto, en la oscuridad.

Es cierto que la propia Ley extrapenal ofrece pautas respecto de algunos delitos; el ejemplo más claro es el blanqueo de capitales. En otros casos —como los delitos relacionados con la corrupción—, esas pautas pueden ser halladas en el Derecho comparado o en la práctica empresarial internacional. Pero la oscuridad sigue estando presente para la gran mayoría de delitos.

¿Y qué han hecho (o están haciendo) las empresas? Desde luego, muchas de ellas, un considerable esfuerzo

creativo y de investigación. De un lado, las hay que, siguiendo el ejemplo de las empresas italianas (nuestro actual régimen está, más que inspirado, traducido del italiano), a su vez guiadas por su patronal (Confindustria), han diseñado planes donde se asocian medidas preventivas específicas a cada delito cuyo riesgo se ha identificado, lo que en sí significa marcarse un objetivo ambicioso y meritorio. De otro lado, las empresas más influidas por el mundo anglosajón tienden a dotarse de políticas y controles quizá más generales o transversales, sin referirse normalmente a todo el catálogo de delitos.

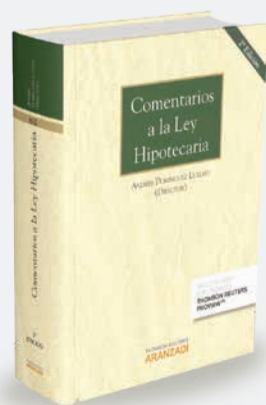
No puede decirse, en nuestra opinión, que una tendencia sea más acertada que la otra, siempre que el esfuerzo preventivo resulte razonable y serio. Lo que seguro que no puede pedirse a ese esfuerzo es que sea imbatible, ni tampoco algo cercano a ese umbral (la propia Ley habla de reducir el riesgo, no de hacerlo desaparecer). En lo que todas las fuentes, legales y doctrinales, coinciden es en que no puede imponerse a la persona jurídica una suerte de responsabilidad penal objetiva (por el mero resultado, desconectada de dolo o culpa). Y pedirle a la estructura preventiva que sea poco menos que imbatible, o adoptar un sesgo retrospectivo (“si el delito tuvo lugar, no sería tan buena la compliance”), son caminos indirectos que conducen a esa misma responsabilidad objetiva. Quizá para evitarlo sea útil juzgar el modelo preventivo desde una perspectiva *ex ante*, esto es, ponerse en los zapatos de esa empresa que debe decidir, sin guía a su disposición, qué controles son los mejores para evitar una estafa.

LIBROS DESTACADOS



THOMSON REUTERS

COMENTARIOS A LA LEY HIPOTECARIA



Aborda un estudio sistemático de los artículos de la Ley Hipotecaria y materias conexas, debidamente interrelacionados con los preceptos de la legislación notarial, procesal, catastral y administrativa.

2ª EDICIÓN.

Autores. Andrés A. Domínguez Luelmo.

Marca: Aranzadi

CM: 10006711

ISBN: 978-84-9099-518-1

PVP C/IVA: 165 €

TRATADO PRÁCTICO SOBRE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO



JURISPRUDENCIA, ESQUEMAS, CUESTIONES PRÁCTICAS Y FORMULARIOS.

Ofrece un tratamiento completo, teórico y práctico, sobre la Inspección de Trabajo y su actuación, acorde con la **nueva Ley 23/2015** y demás normas vigentes, legales y reglamentarias.

1ª EDICIÓN.

Autor. Juan Miguel Díaz Rodríguez

Marca: LexNova

CM: 10006901

ISBN: 978-84-9099-755-0

PVP C/IVA: 70 €



PAPEL + EBOOK
INCLUIDO EN EL PRECIO

DESCUBRE LAS VENTAJAS DEL NUEVO FORMATO DÚO.

THOMSON REUTERS PROVIEW™, la biblioteca digital de Aranzadi.

La solución para consultar todo tipo de publicaciones digitales, desde su ordenador o tableta.

T. 91 754 90 12

masinfo@thomsonreuters.com
www.tienda.aranzadi.es

La nueva casación contenciosa: dudas interpretativas que suscitan las sentencias y autos susceptibles de recurso



PILAR
CANCÉR
MINCHOT

Abogada del Estado ante el Tribunal Supremo

La nueva casación contencioso-administrativa, producto de la reforma operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio, y que entra en vigor en julio de este año 2016, suscita muchos interrogantes. El primero es si, tal y como han presentado algunos la reforma, el acceso a la casación se amplía. Y creo que, en una evaluación global del nuevo recurso, no va a ser así, pues las sentencias y autos, para que sea meramente admitida la casación, tienen que reunir interés casacional objetivo; concepto jurídico indeterminado y me temo que indeterminable, que merece otro artículo de mayor extensión. Pero, al margen de tan importante problema, la mera lectura de los arts. 86 y 87 de la LJCA reformada, sobre las sentencias y autos recurribles, plantea las siguientes cuestiones:

El art. 86 señala que serán recurribles "Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia", exceptuando, en todo caso, como en el aún vigente recurso de casación, "las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales".

A pesar de que el mundo jurídico ha recibido la modificación entendiendo que ya todas las sentencias, con independencia del órgano que las haya dictado, o su cuantía, serán susceptibles de casación, obviamente no lo serán, como dice la Ley, aquellas susceptibles del recurso ordinario de apelación. En principio, pues, quedan exceptuadas -conforme al art. 81- aquellas dictadas en asuntos cuya cuantía exceda de 30.000 euros, las que declaren la inadmisibilidad en asuntos inferiores a esta cuantía, las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que resuelvan litigios entre Administraciones Públicas, y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. En estos supuestos, sólo pueden llegar a casación a través del recurso que se interponga en su caso contra la Sentencia que se dicte en apelación, pero el recurso de casación se dirigirá contra la sentencia de apelación, y no contra la del Juzgado.

Dudas que generan los arts. 86 y 87

Pero, más allá de ello, el reformado art. 86 genera las siguientes dudas:

- ¿Por qué se mencionan los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, y no los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo? Debe ser una omisión denominativa puramente involuntaria, y debemos entender que están incluidos. A estos efectos, hay que recordar que la reforma surge de un informe elevado por una comisión de magistrados creada en el seno del propio Tribunal Supremo, y en el mismo no se incluían como recurribles las Sentencias de los Juzgados: Se han introducido durante la tramitación del proyecto, dando lugar a ciertas discor-

dancias como ésta y otras que después veremos.

- Respecto de las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso (y hemos de entender, también de los Juzgados Centrales), no solamente se exige para que sean recurribles en casación que no sean susceptibles de apelación, sino que se exige que concorra el doble requisito acumulativo de que sean susceptibles de extensión de efectos (por tanto, si hacemos una interpretación contextual, solo las de los arts 110 y LJCA: personal, tributario, unidad de mercado, y las dictadas en pleitos-testigo -art. 37.2-), y concurrentemente que sean "gravemente dañosas para el interés general".

Es de plantear si este requisito se interpretará en el sentido en que viene siendo entendido por el TS para la actual casación en interés de ley (casación que lo requiere, y que desaparece con la reforma); interpretación, por cierto, muy estricta, pues se identifica "no con el daño que pudiera causar el pronunciamiento económico de la sentencia, sino el que pueda producir la repetición de casos basados en el criterio de la doctrina errónea." (STS 10-10-2007, INT 28/2006); si bien ese daño por la potencial repetición, debo añadir, casi invariablemente se ha identificado con el perjuicio patrimonial global previsiblemente resultante. Y para ello se exige un gran rigor probatorio: "...es preciso que se expongan los datos y circunstancias que puedan llevar a esa consideración a fin de que este Tribunal Supremo pueda valorarlos y apreciar si realmente es o no gravemente dañosa para el interés general.

Hay que verificar un análisis riguroso de la magnitud con que la sentencia recurrida pueda perjudicar el interés general..."

Doctrina que si se traslada a la actual casación contra sentencias de los Juzgados, reduce grandemente su recurribilidad.

Debemos añadir a lo antedicho que ya se están oyendo voces autorizadas que interpretan que un particular no está legitimado para sostener el interés general, de modo que el recurso quedaría reducido a aquellas sentencias estimatorias en que la Administración perjudicada por el fallo quisiera hacer valer tal perjuicio al interés general.

- Otra cuestión es la suscitada por la casación frente a sentencias del Tribunal de Cuentas, en que la modificación se remite a su actual regulación contenida en los arts 49 de la LOTC y 81 LFTCu: los mismos remiten a su vez a la casación civil, regulada en el art. 477 LEC. Esta contempla el interés casacional, definiendo los supuestos de modo no coincidente con la LJCA, pero también un supuesto de admisión por razón de cuantía. De modo que si atendemos literalmente al tenor de la LJCA, el TS tendrá que conocer de dos tipos de casaciones, una general, y otra circunscrita a las Resoluciones del Tribunal de Cuentas. Es muy posible que, ante tal incongruencia, se interprete que, en las casaciones frente a Resoluciones del Tribunal de Cuentas, el "interés casacional" mencionado en el art. 477 LEC debe entenderse en los términos del interés casacional de la LJCA, para intentar unificar en lo posible ambos recursos.

- Por otra parte, este artículo, en su párrafo 3, hace referencia al juicio de relevancia (necesidad de razonar que la infracción de nor-

mas estatales o de la UE es relevante y determinante del fallo), pero solo en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia: Sistemáticamente parece una exigencia mal ubicada, y solo explicable porque acto seguido se trata la casación autonómica y se pretendan diferenciar am-

nómicas. Ahora que existirá casación autonómica además de la estatal y por tanto el operador jurídico perjudicado por la sentencia habrá que optar por uno de estos recursos: ¿Qué sucederá si recurre ante el TS y este decide que la norma estatal no es determinante del fallo e inadmite en consecuencia

y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, excluyendo pues los de los Juzgados de lo Contencioso o los Juzgados Centrales (que solo llegarían a casación a través del recurso contra la sentencia del TSJ o de la Audiencia Nacional dictada en apelación contra ellos).

Pero este artículo reproduce el ahora vigente y, realmente, tiene poco encaje en la búsqueda del "interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia" que constituye la piedra angular del nuevo recurso de casación: Si hay que convencer a la Sala de la necesidad de fijar Jurisprudencia sobre medidas cautelares, extensión de efectos, o ejecución provisional, poco juego va a dar este recurso, porque se trata de cuestiones en las cuales hay Jurisprudencia muy consolidada... Y qué decir de los autos de ejecución "que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquella o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta"... El TS ya ha dicho en la vigente casación que, en este caso, lo que se discute es sólo si el Auto incurre en estos defectos, no la interpretación jurídica que en él se haga... Nada que ver con un recurso por infracción del ordenamiento para la formación de Jurisprudencia...

En fin, varias cuestiones para que se estrene con el nuevo recurso la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su función creadora de Jurisprudencia.

Ya se están oyendo voces autorizadas que interpretan que un particular no está legitimado para sostener el interés general



bas (de hecho, esta exigencia se reitera en el art. 89 referido a la preparación). Es obvio que al mención solo de los TSJ obedece al "arrastre" de la redacción vigente de la LJCA, porque los juzgados aplican muchas veces Derecho autonómico e incluso de origen local, por lo que es previsible que el Tribunal Supremo interprete que esta exigencia se extiende también a las sentencias de los Juzgados.

- Más dudas suscita aún la relación entre la nueva casación autonómica y la estatal, cuando aquélla se implemente: en la práctica, la *ratio decidendi* de un fallo, en numerosas ocasiones, interpreta tanto normas estatales como auto-

el recurso (art. 90.4 en relación con el 89.2 e)? ¿Se entenderá suspendido el plazo para preparar el recurso de casación autonómico, o este se habrá irremisiblemente perdido? Y viceversa...

- Qué decir de los autos recurribles: El art. 87 reformado permite recurrir en casación autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional





¿Por fin un IVA moderno?



ISABEL LÓPEZ-BUSTAMANTE

Socia del Departamento de IVA, Aduanas e Impuestos Especiales de DELOITTE ABOGADOS

Deloitte.

El pasado 24 de febrero la Comisión Europea debatió acerca del futuro del IVA. Este debate concluyó con un acuerdo para poner en marcha un plan de acción que aborde la que podría (y debería) ser la mayor revisión del funcionamiento del Impuesto desde su creación.

El principal motor de cambio, como siempre, el vil metal. Según los datos de la Comisión, el llamado "VAT gap", esto es, la diferencia entre la recaudación prevista por IVA y la real ascendió a 168 billones de euros en 2013. Por otra parte, se estima que la pérdida en la recaudación por IVA como consecuencia del fraude en las operaciones transfronterizas puede llegar hasta los 53 billones de euros anuales. Es obvio que el esquema de funcionamiento diseñado en 1977 no da más de sí.

Pero no solo es la pérdida de recaudación la que motiva la muy necesaria revisión del Impuesto, es que el mundo de 2016 es muy distinto del de 1977. En muchísimos aspectos de la actividad económica actual el IVA es un traje que revienta por sus costuras.

Ha habido diversos intentos de modernización en algunos aspectos, como la tributación de los servicios financieros y de seguros, los sistemas de fidelización de clientes, el régimen de las

agencias de viajes o la uniformidad en las declaraciones del Impuesto, por decir alguno. Sin embargo, desafortunadamente, ninguno de ellos ha prosperado por falta de acuerdo entre los Estados miembros.

En cualquier caso, no es una reforma a parches lo que hace falta, sino una revisión en mayor profundidad y esto es lo que pudiera parecer que la Comisión quiere emprender.

En particular, la Comisión quiere tratar cuatro aspectos: el tratamiento de las operaciones intracomunitarias que, que como ya se ha dicho, está muy expuesto al fraude y además, genera importantes costes administrativos para las empresas; la estructura de los tipos del IVA, desigual entre los Estados miembros; la simplificación del sistema de forma que se facilite su cumplimiento a las empresas y no sea una barrera a la hora de

hacer negocios, especialmente transfronterizos y la ampliación del ámbito de aplicación del IVA, especialmente en lo que respecta a la actividad de los entes públicos.

Aunque de forma inminente está previsto un desarrollo en detalle, la Comisión ya apunta diversas opciones con respecto a estos cuatro temas.

En primer lugar, y en lo relativo al tratamiento de las entregas intracomunitarias de bienes entre empresarios, se manejan las siguientes alternativas:

1. Tributación en el lugar de la entrega.
2. Tributación en el lugar de establecimiento del cliente, con independencia del lugar de la entrega
3. Inversión del sujeto pasivo en el lugar de establecimiento del cliente

4. Inversión del sujeto pasivo en el lugar de entrega

Con respecto a la política de tipos, se prevé que el plan de acción contenga indicaciones en lo relativo al nivel de armonización y de convergencia entre los Estados miembros, teniendo asimismo en cuenta el movimiento de la tributación desde el lugar de origen al lugar de destino. Esto debería generar un campo de juego más igualitario entre los Estados miembros donde el establecimiento de tipos más bajos no generara distorsiones en la competencia.

Por otro lado, el establecimiento de un sistema definitivo, más sencillo y eficiente, debería asegurar la recaudación, facilitar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales a las empresas, evitando los errores, y prevenir la elusión fiscal o el fraude.

En lo referente a este último aspecto, la Comisión señala que las armas domésticas de las que actualmente disponen los Estados miembros para luchar contra el fraude se han demostrado insuficientes, en particular para la lucha contra el fraude intracomunitario, por lo que es necesario establecer una acción conjunta a nivel intracomunitario. La comisión señala que esta acción debe pasar por mejorar notablemente la cooperación entre administraciones fiscales, respetando, eso sí, los derechos de privacidad y de protección de datos.

En resumen, la Comisión pretende impulsar un paso adelante hacia un sistema definitivo y más moderno, que permita una mejor aplicación del Impuesto, tanto para las administraciones fiscales como para las empresas de forma que se consiga una mejor recaudación para las primeras y menos costes administrativos para las segundas que les permita ganar en competitividad y que esto se traduzca en una mejora de los precios para los consumidores finales.

Sin duda, una reforma ambiciosa pero muy necesaria, que va a requerir de un firme acuerdo entre los Estados miembros para sacarla adelante y que no se convierta en otro proyecto fallido.

No solo es la pérdida de recaudación la que motiva la muy necesaria revisión del Impuesto

La Comisión pretende impulsar un paso adelante hacia un sistema definitivo y más moderno, que permita una mejor aplicación del Impuesto



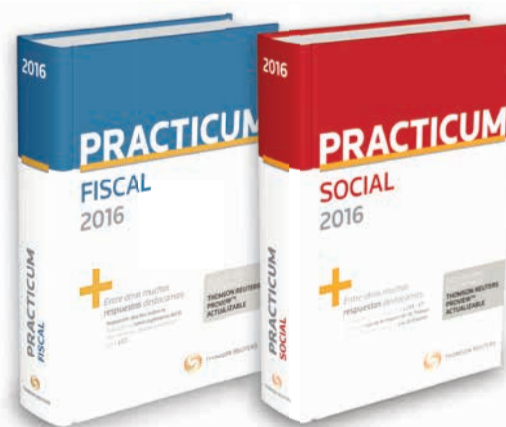
ELIGE EL COLOR DE TU CONOCIMIENTO
GUÍATE POR LA COLECCIÓN PRACTICUM

Resuelve de forma fácil y efectiva todas las dudas y **novedades** que puedan surgirte en el **área fiscal y social** en tu camino profesional diario.

Practicum, la mejor colección de **obras prácticas** y de consulta del mercado. Avalado por la calidad y el alto rigor científico de Thomson Reuters.

ENCUÉNTRALO EN TU LIBRERÍA HABITUAL O EN:
T. 91 754 90 12
 atencionclientes@thomsonreuters.com · www.tienda.aranzadi.es

PRACTICUM | FISCAL | SOCIAL



PVP: 144,23 € unidad. + 4% de IVA

PAPER + EBOOK INCLUIDO EN EL PRECIO

THOMSON REUTERS

EDICIÓN 2016

INFORMACIÓN

SEGÚN EL INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EMITIDO POR EL PODER JUDICIAL



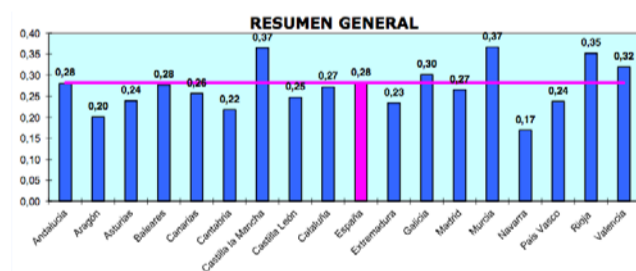
El CGPJ considera 'ineludible' e 'inaplazable' la ampliación de la planta judicial

Actualidad Jurídica Aranzadi

Conforme a los datos de la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) hechos públicos recientemente, la jurisdicción de lo Social fue la que experimentó una bajada más fuerte en la entrada de asuntos durante el año 2015. Así, los 399.592 asuntos ingresados en la jurisdicción social durante el año 2015 representan un 6,6 % menos que en 2014. Al final del año pasado, los órganos de esta jurisdicción habían resuelto 419.055 asuntos en total, con lo que pasaron a 2016 312.460 en trámite, cifra que representa un 9,7% menos que al inicio de 2015.

La tasa de litigiosidad general en el conjunto de España fue de 179,7 asuntos por cada mil habitantes, con Andalucía a la cabeza (209,4 asuntos por cada mil habitantes). Le siguieron Madrid con 202, Canarias con 196,7 y las Islas Baleares con 194,2. En el otro extremo se sitúan el País Vasco, donde con 122,8 asuntos por cada 1000 habitantes fue la Comunidad Autónoma con menor litigiosidad, seguida por La Rioja, con 123,5 asuntos. Éstos son algunos de los datos que se extraen del Informe sobre la situación de los órganos judiciales, que emitido por la Sección de Estadística Judicial y encuadrado en el Servicio de Inspección.

El informe destaca que a lo largo de 2015, los juzgados españoles resolvieron 8.855.607 asuntos. A 31 de diciembre, quedaban en trámite 2.411.855; lo que significa una bajada del 5,9 % respecto al 1 de enero. La efectividad de las sedes sería, así, la más alta desde 2007. Según el informe "La Justicia dato a dato" de 2014, los asuntos resueltos en ese año fueron 8.786.800; lo que implica que en 2015 se despacharon 68.807 asuntos más.



Tasa de pendencia por Comunidades Autónomas, del conjunto de jurisdicciones
Fuente: Informe sobre la situación de los órganos judiciales 2015 (CGPJ)



Tasa de resolución por Comunidades Autónomas, del conjunto de jurisdicciones
Fuente: Informe sobre la situación de los órganos judiciales 2015 (CGPJ)

Lo civil, única jurisdicción que aumenta el número de asuntos

La jurisdicción de lo civil es la única que experimentó una subida en el número de asuntos ingresados en 2015 respecto a 2014. Así, los

En 2015, la tasa de litigiosidad en el conjunto de España fue de 179,7 asuntos por cada 1.000 habitantes, con Andalucía a la cabeza, con 209,4 asuntos



La jurisdicción de lo civil es la única con subida en la entrada de casos respecto a 2014. Al inicio de 2015 había 1.009.340 asuntos en trámite, y al final de año, 1.065.480



Las demandas de disolución matrimonial disminuyeron un 2,6%. El mayor número de demandas por cada 1.000 habitantes se registró en Canarias y el menor en Castilla y León



El 68,8% de las denuncias por violencia de género fueron presentadas por las propias víctimas, frente a un 15,5% derivado de la intervención directa de la Policía



1.972.116 asuntos que entraron el año pasado llevan a un 6,9 % el incremento interanual de litigiosidad en este orden. La tasa de resolución tampoco fue halagüeña: en el año 2015, los juzgados y tribunales resolvieron 1.908.891 asuntos, quedando en trámite 1.062.480, es decir, un 5,6 % más que a 1 de enero. En la jurisdicción civil, al inicio de 2015 había 1.009.340 asuntos en trámite, y al final de año, 1.065.480.

En esta línea, a finales de 2015, el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, hiciese pública la necesidad de aumentar en dos magistrados la planta de la Sala Primera del Tribunal Supremo y reforzar las áreas de Civil y de Social del Gabinete Técnico de este órgano judicial. La propuesta fue consecuencia de la primera inspección al Tribunal Supremo llevada a cabo en democracia.

No fueron, ciertamente, las demandas de disolución matrimonial las culpables de este aumento de asuntos en lo civil, ya que en 2015 el número de demandas de disolución, separación y divorcio, bajó un 2,6% respecto a las observadas en 2014, según los datos recogidos por el Servicio de Estadística del CGPJ. El mayor número de demandas de disolución por cada 1.000 habitantes se dio en Canarias, con una tasa del 3,3, seguida de Cataluña y Comunidad Valenciana, con 3,1. Por el contrario, las tasas más bajas se dieron en Castilla y León, con 2, y en Navarra, con 2,1.

En la jurisdicción penal concentra el 69,3 % de los asuntos totales de 2015

En la jurisdicción penal ingresaron 5.805.619 asuntos en 2015, el 69,3 % del total de los órdenes. A pesar de lo abultado del número, éste disminuyó un 6% respecto a 2014. A principios de 2015, había en trámite 974.794 asuntos, que se convirtieron en 826.743 a finales de año; teniendo en cuenta que a lo largo de los 12 meses entraron un total de 5.805.619 asuntos.

Por lo que respecta a la resolución, el número de asuntos penales resueltos fue de 5.997.051 y la cifra de asuntos pendientes a final de año de 826.743.

Conforme a datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en 2015 se presentaron 129.123 denuncias en los juzgados de violencia sobre la mujer, lo que supuso un incremento del 1,9% respecto a 2014. El 68,8% de las denuncias fueron presentadas por las propias víctimas frente a un 15,5% derivado de la intervención directa de la policía y un 11,3% que traía su causa en un parte de lesiones. Un 2,4% de las denuncias procedieron de familiares de las víctimas, y un 2% de los servicios asistenciales.

Lo contencioso registra una bajada de asuntos del 3,7%

La jurisdicción contencioso-administrativa recibió 199.088 asuntos nuevos, en 2015; un 3,7 % menos respecto a 2014. En 2015, los asuntos resueltos fueron 230.315, quedando en trámite a 31 de diciembre 207.096, lo que supone una bajada de pendencia del 10,6%.

El CGPJ considera "ineludible" e "inaplazable" la ampliación de la planta judicial

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó el 25 de febrero por unanimidad una declaración institucional en la que considera "ineludible" e "inaplazable" la ampliación de la planta judicial. El texto de la declaración es éste: "el Pleno del CGPJ, atendidas las especiales necesidades de la Carrera Judicial, que se ponen de relieve por la existencia de 119 jueces en expectativa de destino y el próximo ingreso de otros 50 jueces en la misma condición y por la implementación de las reformas introducidas por distintas leyes recientemente aprobadas, entiende que resulta ineludible e inaplazable la ampliación de la planta judicial, sin perjuicio de cuantas otras medidas competan a los diferentes poderes públicos, en orden a la mejora y modernización del sistema judicial".

ENTREVISTA

Rafael Navas Lanchas, director general de la Mutualidad de la Abogacía

“Nos hemos colocado entre las primeras aseguradoras de vida en España tanto por ahorro gestionado como por aportaciones de los mutualistas”

Actualidad Jurídica Aranzadi

Rafael Navas Lanchas es el director general de la Mutualidad de la Abogacía, primera mutualidad de previsión social española en dimensión y resultados, que crece con vigor a pesar de la crisis económica. En esta entrevista, Rafael Navas nos explica el porqué de este desarrollo en el éxito y la óptica con la que se trabaja en la Mutualidad, que se resume en llevar a efecto las señas del organismo -confianza, estabilidad y solvencia- a los objetivos prioritarios cada año.

La Mutualidad de la Abogacía ha superado los 5.000 millones de euros de ahorro gestionado, coincidiendo con el décimo aniversario de la creación del Plan Universal. ¿Qué supone este hito en su gestión?

La puesta en marcha del Plan Universal en el año 2005 sirvió para dar el cambio en el sistema prestacional de la Mutualidad, pasando de un sistema de prestación definida y capitalización colectiva, a otro de aportación definida y capitalización individual, que al principio costo digerir por el cambio de mentalidad, pero que ha sido el punto de salida de la buena marcha de la Mutualidad. Hace diez años, el volumen de ahorro gestionado se situaba en los 1.805 millones de euros. Desde entonces hemos ido creciendo hasta casi triplicar esta cifra y el ahorro gestionado al cierre de 2015 está por encima de los 5.280 millones de euros. Nos hemos colocado entre las primeras aseguradoras de vida en España, tanto por ahorro gestionado como por aportaciones de los mutualistas.

¿Cuál cree que es la “clave del éxito” de la Mutualidad?

Sin duda haber sabido dar el cambio de estrategia de la entidad en el momento oportuno, aprovechando la buena gestión realizada hasta el año 2005, que permitió tener acumulados los fondos necesarios para la transformación y haber llevado las señas de identidad de la Mutualidad -la confianza, la estabilidad y la solvencia- como objetivo prioritario en todos estos años.

¿Cómo está afectando a la Mutualidad la normativa de número europeo que afecta a las aseguradoras, especialmente Solvencia II?

El sector asegurador y el financiero están siendo sometidos últimamente a una lluvia de normativa a la que se tiene que ir adaptando a marchas forzadas: la normativa de rentabilidad esperada, la de indicadores de riesgos y liquidez, la nueva Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que ya incluye Solvencia II, etc. El proyecto más importante, sin duda es la adaptación a Solvencia II, que no ha sido fácil para la Mutualidad, como no lo ha sido para las demás asegura-

doras, no sólo por la envergadura del proyecto, sino por el cambio cultural, organizativo, de recursos humanos y tecnológicos que la nueva normativa propone. Para que no nos pillase desprevenidos, venimos trabajando desde hace ya algunos años para que a su entrada en vigor el pasado 1 de enero de 2016, estuviéramos adaptados plenamente. En principio no implicará cambios en nuestro modelo de negocio. Puede que de cara a tomar decisiones sobre determinadas inversiones, se tenga más en cuenta las necesidades de capital que representará cada inversión, pero no debe ser un condicionante para seguir haciéndolo como hasta ahora, con máxima prudencia y rigor en las decisiones tomadas.

¿De qué manera está orientada la Mutualidad a la Abogacía?

Somos una entidad gestionada para y por los propios abogados. La Junta de Gobierno la forman abogados elegidos por la propia Asamblea General de la Mutualidad, una cuestión que hace que no tengamos ninguna vinculación con terceros para la toma de decisiones y que es un activo que ya dibuja una independencia en la



blog donde se canalizan dudas y preguntas.

¿Qué diferencia hay con la Seguridad Social en cuanto al cobro de la futura pensión o invalidez y a la asistencia sanitaria?

Los sistemas de previsión basados en sistemas de reparto, como es la Seguridad Social, dependen de la evolución demográfica de la población y de su solidaridad intergeneracional, que tiene que soportar los costes de las pensiones. En la Mutualidad es todo lo contrario, ya que se basa en un sistema de capitalización individual donde la jubilación depende de cada mutualista y de cómo quiera su traje a medida. Nuestro papel será admi-

Mientras, también le habremos cubierto los riesgos de incapacidad y/o fallecimiento, casos en los que no existen periodos mínimos de cotización y el saldo de ahorro no se pierde al reconocerse una incapacidad, al contrario que en el sistema público donde la jubilación y la incapacidad son incompatibles. En cuanto a la asistencia sanitaria, la Mutualidad junto con el Consejo General de la Abogacía Española, ha luchado durante años por conseguir asistencia sanitaria pública gratuita para todos los abogados. Se trataba de una cuestión de justicia, al estar financiada por los impuestos de todos los ciudadanos, entre los que se encontraban también los abogados que no estaban incluidos en los sistemas públicos de previsión. Esta cues-



La Mutualidad, junto con el Consejo General de la Abogacía Española, ha luchado durante años por conseguir asistencia sanitaria pública gratuita para todos los abogados que se tiene que ir adaptando a marchas forzadas



El sector asegurador y el financiero están siendo sometidos últimamente a una lluvia de normativa a la que se tiene que ir adaptando a marchas forzadas



toma de decisiones que otros instrumentos de previsión no tienen. Además, la Mutualidad está diseñada no solo para los profesionales que actúan por cuenta propia, donde la Mutualidad es su alternativa al RETA, sino para poder ofrecerles todas las modalidades de previsión complementaria que existen en el mercado. Incluso ya estamos trabajando en el diseño de un plan Universal de empresas que además pueda cubrir las necesidades de previsión complementaria de despachos para socios o empleados.

¿Qué canales de comunicación estables existen entre el mutualista y la Mutualidad?

Como primera toma de contacto con los jóvenes que empiezan el ejerci-

cio de la Abogacía, nuestro canal principal son los 83 Colegios de Abogados de España junto a la propia web de la Mutualidad. Una vez que son mutualistas, el canal más estable de comunicación es el Servicio de Atención al Mutualista, formado por 25 personas. La web también es un excelente canal de comunicación, donde además de poder ver la situación actual de sus seguros, pueden hacer simulaciones de aportaciones y de la situación que tendrán en el momento de la jubilación. Asimismo, editamos una revista bimestral (cinco números al año), con todas las novedades. Y, por último, las redes sociales, donde la Mutualidad está cada vez más activa. En Twitter alcanzamos los 4.513 seguidores y los 2.511 en Facebook, además de nuestro

nistrar sus fondos de la mejor manera posible para que disponga de la mejor jubilación. Además, con la flexibilidad en la forma de percibir la prestación: capital único, rentas vitalicias o financieras, o una mezcla de ambas, frente a la inmovilidad del sistema público que solo permite la renta vitalicia.

tién, se ha resuelto favorablemente a partir de agosto de 2012, quedando pendiente de inclusión del colectivo con rentas superiores a 100.000 euros. Adicionalmente, la Mutualidad ofrece a sus mutualistas la posibilidad de contratar la asistencia sanitaria privada.

OBRA TOP

Presentación de 'Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley'



ÁNGEL
CARRASCO
PERERA

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Castilla-La Mancha y director del área de Gestión de Conocimiento de "Gómez Acebo & Pombo"

No deja de ser notable que el Ordenamiento devenido hoy cual *ius commune* del tráfico mercantil internacional se caracterice de modo ostensible por negar de principio que en dicho sistema rija una especie de *duty of good faith* y por declarar a las bravas que en aquella casa está plenamente admitido el *forum shopping*, al menos cuando se trata con ello de dar trabajo y rentas a los tribunales y firmas legales de la City. Yo no digo que nuestro sistema jurídico –y otros muchos como el nuestro– curse tan mal y sea sustancialmente tan mediocre en sus conquistas de eficiencia y justicia por culpa del continuado *abuso del abuso de derecho*. Pero esta creciente inflación ayuda, alentada por una progresiva pérdida de potencia en la racionalidad de los discursos jurídicos que se propalan en España. ¿Pero por qué esta inflación de abusos, de lealtades impuestas, de prescrita buena fe que va y viene? Los Ordenamientos no maduros y los que están gestionados por operadores grandemente hipócritas confunden Derecho con moralidad y quieren exigir que el sistema normativo –pretensión ya condenada como *inmoral* por Kant y por los Evangelios– se ponga al servicio de la realización de fines éticos; que luego no son otros que los fines interesados y egoístas de quienes lo promueven o de sus *insiders*. Cuando se comprendiera que la moralidad de la conducta está más

allá de las pretensiones del Derecho, se descargaría al sistema regulatorio de ideología soez y barata, se descalificarían ya de entrada los discursos hipócritas.

El tratamiento del abuso de derecho carece prácticamente de valor científico en cualquiera de las manifestaciones literarias ofrecidas por el discurso académico europeo a lo largo de los siglos XX y XXI. Con excepción de las conquistas de la ciencia jurídica alemana, todo lo que se ha hecho ha sido meramente descriptivo o sociológico. En el mejor de los casos, recopilaciones de decisiones judiciales. En gran medida, discursos con propuestas circulares, definiciones vacías, remisiones de lo oscuro a lo más oscuro, redundancias ocultas bajo la apariencia de definiciones ostensivas. Eso no quiere decir que el discurso de la ciencia alemana deba prevalecer. Bien trabado, como ciertamente lo es, se ha convertido en una maquinaria puesta al servicio del holismo valorativo, de la inconmensurabilidad de la *Treu und Glaube* que está a punto de convertir al sistema alemán de Derecho positivo (especialmente el Derecho societario) en una especie de repertorio del pietismo más acendrado, donde el gnomon protector que es el § 242 BGB vigila la pulcritud del *Heile Welt*. Rasgo propio de esa gran cultura, pero inexportable y venenoso si se bebe en vasos fabricados en las plazas de zocos fenicios y en mesas de trileros.

Esta obra propone y desarrolla diversas originales tesis en materia de abuso de derecho y de fraude de ley. Expongo algunas, y omito su desarrollo.

No hay más modalidad prohibida de abuso que los que llamo *abusos relacionales*, caracterizados porque las conductas sólo adquieren su significado *perverso* en el contexto de una relación jurídica preexistente que otorga valor jurídico preciso a dicha conducta. Los escenarios de abuso *puntual* no están prohibidos. Es puntual un

retraso desleal, el aprovechamiento del fallo por uno mismo provocado, la paremia de *minimis* en contextos relacionales, el alcance de la regla *dolo facit qui petit*. En la Parte Segunda he tratado aisladamente otra modalidad de abuso relacional, la saturación del *id quod interest* contractual.

En la Quinta Parte de este Tratado expongo, critico y reconstruyo en lo posible el mito del *deber de lealtad societario*. Para poder enfrentarme al discurso dominante (rutinario) me embarco a lo largo de tres capítulos en un tratamiento prolijo y selectivo del Derecho de sociedades. Sostendré que no existe algo así como un "deber de lealtad" societario que curse como institución distinta de la del genérico abuso de derecho. Y sostendré luego que, además de aquella reducción semántica, este pretendido deber de lealtad es una falacia y una propuesta de resolución perversa de controversias, salvo en los casos en que cursa como abuso de derecho relacional.

La Tercera Parte de la obra está dedicada a la reconstrucción de la técnica del fraude de ley. También en este lugar navega el discurso contra la rutina de los vientos dominantes. Sostengo convencidamente que el *sistema jurídico es en su conjunto esencialmente* (no anecdóticamente) arbitrario. La arbitrariedad se produce tanto en el orden de la semántica como de la pragmática. Defiendo que en un sistema arbitrario deben ser absorbidos por el propio sistema los costes de perversión que resultan de esta irracionalidad, costes que no pueden ser endosados a los operadores que se mueven estratégicamente por las covachas del laberinto normativo. En este escenario, propongo que es sustancialmente lícita cualquier estrategia de maximización de opciones en la gestión del sistema normativo. A esta estrategia la llamo *Eutopía*. En el Capítulo 11 se intenta una construcción teórica de Eutopía y se ilustran los resultados hasta la saciedad con

ejemplos sacados del conjunto del sistema normativo. En el Capítulo 10 voy a desarrollar la tesis de que la única modalidad de "estrategia fraudulenta" que debe ser condenada es la que opera con *simulación*. También explico allí qué debe entenderse por simulación.

Por encima del Derecho, esta obra se sustenta en postulados fuertes de razón práctica, que aparecen y se desplazan en diversos lugares del libro. Primero, la *auténtica moralidad es demasiado valiosa* como para que sea manoseada y prostituida por los discursos jurídicos. Segundo, todo discurso jurídico de lealtades y bondades es siempre interesado e ideológico, carece de valor de razón práctica. Tercero, el egoísmo es una conducta jurídica racional, y probablemente la única conducta racional. Cuarto, la conducta "abusiva" es siempre bilateral: el "otro" (la "víctima") es tan malo como el que abusa, o lo fue, o lo será cuando tenga en sus manos la posibilidad de explotar las ventajas de una resolución judicial limitadora del derecho del adverso. Quinto, toda intervención judicial externa que interfiera en el sistema creará por lo común mayores injusticias y mayores costes que los que, acaso de buena fe, quiso evitar mediante su injerencia en el sistema portando un discurso de abuso de derecho. Sexto, es "racional", y por eso permisible, que el titular del interés protegido quiera rebañar con su ejercicio estratégico hasta el último euro del surplus que la otra parte está interesando sacar adelante con apoyo en la paremia *quod tibi non nocet et mihi prodest concedendum est*.

Al hilo de los temas y *exempla* que se exponen y reconstruyen, esta obra recorre amplias extensiones del sistema jurídico positivo español, civil, mercantil, laboral, internacional, fiscal y aboca por sí mismo, más allá del propósito cubierto por el título de la obra, a una especie de *tractatus omnium rerum iurisprudentialiae*.

El tratamiento del abuso de derecho carece prácticamente de valor científico



escenario de abuso cuando el juicio crítico se proyecta en exclusiva sobre los rasgos intensivos de una conducta aislada del contexto. Por eso, no habrá abuso de derecho *prima facie* en la conducta emulativa meramente determinada por el *odium tertii*, ni en las actitudes y exigencias que apuran exageradamente la ventaja propia a costa de la penuria ajena, ni en las conductas "desviadas", ni "asociales" ni "excesivas", ni en las estrategias que ponen el sistema normativo al servicio de satisfacer "finalidades indirectas". En la Cuarta Parte de esta obra se desarrollan con minucia las diferentes modalidades de abuso relacional: la contravención a los actos propios, el



TRATADO DEL ABUSO DE DERECHO Y DEL FRAUDE DE LEY

Es la primera vez que se ofrece una fundamentación teórica de estas instituciones de forma que puedan conseguirse predictivamente **resultados seguros y justos** en la aplicación de estos **estándares judiciales**. Aplicación **transversal** a todas las ramas del Derecho positivo.

Ángel Carrasco Perera.
Marca: Civitas.
CM: 10006911. ISBN: 978-84-9099-443-6.
PVP: 115,38 € + 4% IVA



T. 91 754 90 12
masinfo@thomsonreuters.com
www.tienda.aranzadi.es

PAPEL + EBOOK
INCLUIDO EN EL PRECIO

THOMSON REUTERS

CRÓNICA LEGISLATIVA

LA LUPA



Sobre la reforma local y su inconstitucionalidad

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 2016

J & F

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), realizó una importante reforma la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) lo que motivo que se presentaran diversos recursos de inconstitucionalidad (hasta nueve) en relación a los cambios que se introducían en el régimen local.

El primero de esos recursos fue el presentado por la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura el día 24 de marzo de 2014 y el Tribunal Constitucional, por sentencia de 7 de marzo, ha estimado parcialmente el recurso y ha declarado inconstitucionales y nulos:

- 1) El art. 57 bis LBRL en la redacción dada por el art. 1.17 LRSAL
- 2) La disp. adic. 11ª LRSAL
- 3) La disp. transit. 1ª LRSAL
- 4) La disp. transit. 2ª LRSAL
- 5) La disp. transit. 3ª LRSAL
- 6) El inciso "Decreto del órgano de gobierno de" de la disp. transit. 4ª.3 LRSAL
- 7) El inciso "el Órgano de Gobierno de" de la disp. transit. 11ª párrafo tercero, todos de la Ley 27/2013 LRSAL

Y ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad formulado por la

Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura en todo lo demás.

Se trata, sin duda, de un importante revés para la reforma local en su día efectuada y que su propio Preámbulo señalaba que tenía como objetivos básicos los de "clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso", con lo que se trataba "de evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones hasta ahora existentes".

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del art. 57 bis LBRL, precepto por el que se establecía, conforme a su propia rúbrica, la garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas y que consistía en "en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación" así como de la disp. adic. Undécima de la propia LRSAL en cuanto que en ella se establecía el sistema de com-

pensación de deudas entre Administraciones por asunción de servicios y competencias que permitía, llegado el caso, la recuperación mediante la aplicación de retenciones en el sistema de financiación de la Administración Pública que resulte deudora.

Y, de igual manera, declara la no conformidad constitucional de declaración que se realizaba en las disposiciones transitorias Primera, Segunda y Tercera LRSAL de asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud (disp. transit. Primera), de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social (disp. transt. Segunda) y de la prestación, por las Comunidades Autónomas, de los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios (disp. transit. Tercera), sin que nada de ello se traslade al art. 25 LBRL, precepto que el recurso combate en cuanto a la nueva determinación de competencias municipales que en él se efectúa sin que la sentencia lo considere inconstitucional.

Y siendo innegable el alcance del fallo de la resolución del Tribunal Constitucional ello no debe impedir la percepción de dos cuestiones que se antojan fundamentales.

La primera de ellas, de carácter inmediato, es que nos encontramos ante una estimación parcial de un recurso de inconstitucionalidad, lo que supone el rechazo de parte de las pretensiones formuladas y, por tanto, la declaración de su conformidad con la Constitución. Reformas que se mantienen en pie y que no son, precisamente menores, pues entre las cuestiones que se consideran conformes a la Constitución se encuentra (sintéticamente señaladas) la nueva redacción de:

- 1) Art. 7 LBRL, del diseño general de competencias de las entidades locales, el ejercicio de competencias distintas a las propias y atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera
- 2) Art. 13 LBRL, sobre el sistema general de creación, supresión y fusión de municipios
- 3) Art. 24 bis LBRL, que dispone que los entes de ámbito territorial al Municipio carecerán de personalidad jurídica (previsión que conforme a la disp. transit. Cuarta LRSAL no afecta a las existentes) y las limitaciones a su creación

4) Art. 25 LBRL, que establece las competencias propias de los Municipios

5) Art. 27 LBRL, sobre la delegación del ejercicio competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en los Municipios

6) Art. 57 LBRL, sobre las técnicas de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas

7) Art. 116 bis LBRL, sobre el contenido y seguimiento del plan económico-financiero

8) Disp. Adic. 15 LRSAL, en cuanto se interprete como hace la propia Sentencia del Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 e)

La segunda, de carácter mediato, dado la señalada existencia de otros ocho recursos frente a la propia reforma local ante el Tribunal Constitucional pendientes de resolución en los que se plantean tanto cuestiones de las aquí ya resueltas (en uno u otro sentido) como cuestiones diferentes.

En definitiva, y a modo de conclusión, que no puede sino ser provisional, si importantes son las tachas de inconstitucionalidad efectuadas mayores se nos antojan las que, impugnadas, se consideran conformes al texto Constitucional.

Normas nacionales sobre blanqueo de capitales

A propósito de la STJUE de 10 de marzo de 2016, C-235/14

J & F

La Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, pretendía, al momento de su promulgación, en cuanto que modifica las Directivas previas, el correcto funcionamiento del mercado único de los servicios de pago y la armonización normativa en este ámbito. De esta forma uno de los objetivos que se perseguía era el establecimiento de requisitos eficaces en materia de lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

De hecho, este ámbito, el de las normas de prevención frente al blanqueo de capitales, se ha visto sometido a un discurrir en el que los hechos superaban a la regulación implantada desde la Unión Europea que, a su vez, se modificaba ante de su completa transposición al ordenamiento jurídico nacional.

Es lo que ocurrió con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, con la que se pretendía la transposición de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la

prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) núm. 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos, cuando esas Directivas cuya transposición se pretendía ya habían sido objeto de diversas modificaciones, como era el caso de la Directiva 2007/64/CE, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago en el Mercado Interior y al poco tiempo se publicaría la Directiva 2010/78/UE del Parlamen-

to Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre blanqueo de capitales.

En esta situación, de constante evolución regulatoria, nos encontramos con la Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2016 (en el asunto C-235/14) sobre la aplicación de la referida Directiva 2007/64/CE, norma que ha sido derogada por la Directiva 2015/2366/UE, de 25 de noviembre, también sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior.

La STJUE de 10 de marzo de 2016 viene a resolver sobre la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de un litigio entre una entidad de pago (*Safe Interenvíos, SA*) y tres entidades de crédito (*Liberbank, SA, Banco de Sabadell, SA, y BBVA*) que por haber procedido estos bancos a la cancelación de las cuentas de *Safe* por sospechas de blanqueo de capitales. Y lo que solicita el órgano judicial es la interpretación del art. 11.1 en relación con los artículos 5, 7 y 13 de la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del

terrorismo, en su versión modificada por la Directiva 2010/78/UE sobre blanqueo de capitales, al disponer el art. 20 de esta misma Directiva, que los Estados miembros deben exigir a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en ella que otorguen especial atención a cualquier actividad que pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

La STJUE concluye que la Directiva 2005/60/CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que diferencia entre "medidas normales de diligencia debida" con respecto a los clientes-entidades financieras y "medidas reforzadas" cuando se aprecia un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo en el sentido del art. 13.1 de la Directiva, como el envío de fondos. De manera que la Directiva de blanqueo de capitales no impide que los Estados miembros adopten medidas más estrictas, siempre que tengan como finalidad reforzar la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, de manera que las entidades financieras,

en cumplimiento de la obligación de supervisión que le incumbe con respecto a sus clientes, pueden adoptar todas las medidas de diligencia debida siempre que estén orientadas al riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Ahora bien, y para el caso concreto, el TJUE establece que, conforme a los arts. 5 y 13 de la Directiva 2005/60 (tras la Directiva de Blanqueo de capitales) deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional (como la aquí analizada), ha de ser compatible con el Derecho de la Unión, en particular con las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados. Por ello, y aunque la normativa nacional persigue un objetivo legítimo (un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo), se entiende que esta normativa excede del nivel necesario (de "lo necesario") para alcanzar el objetivo que persigue, en la medida en que la presunción que establece se aplica a todas las transferencias de fondos, sin contemplar la posibilidad de destruir esa presunción en el caso de transferencias de fondos que objetivamente no presenten tal riesgo.

Previsiones que afectan a lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, en cuanto a las previsiones efectuadas en los arts. 9 y 11 en cuanto al establecimiento de medidas simplificadas y reforzadas de diligencia debida respecto de aquellos clientes, productos u operaciones que comporten un riesgo reducido o un alto riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

Desarrollo reglamentario de los criterios de registro y valoración para contabilizar el gasto por impuesto sobre beneficios

- Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios

El Boletín Oficial del Estado (BOE) publicó el pasado 16 de febrero la Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios.

La citada norma (disposición derogatoria única) deroga la Resolución de 9 de octubre de 1997, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad. La parte expositiva de la norma hace hincapié en la necesidad de esta nueva regulación, ya que la que deroga databa de hace casi dos décadas.

La resolución constituye el desarrollo reglamentario de los criterios de registro y valoración para contabilizar el gasto por impuesto sobre beneficios, que está regulado en el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. En cuanto a su entrada en vigor, lo está desde el pasado 17 de febrero, si bien la disposición final única aclara que el ámbito de aplicación de la resolución afecta a las cuentas anuales de los ejercicios iniciados a partir el 1 de enero del 2015.

En lo que respecta a su estructura, la resolución se divide en veintidós artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

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

En cuanto a sus aspectos concretos, cabe destacar:

Activos y pasivos por impuesto corriente:

En los artículos 3 y 4 se tratan los activos y pasivos por impuesto corriente. Lo más destacable de esta materia en comparación con el contenido del vigente PGC es la precisión de que cuando la legislación fiscal establezca la posibilidad de convertir activos por impuesto diferido en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, este derecho se reconocerá como un activo por impuesto corriente solo cuando se cumplan los requisitos previstos a tal efecto por la norma fiscal. Hasta ese momento, la empresa mostrará el correspondiente activo por impuesto diferido en los términos que más adelante se indicarán.

Reconocimiento de los activos y pasivos por impuesto diferido:

En los artículos 5 y 6 se analiza el reconocimiento de los activos y pasivos por impuesto diferido. En relación con los activos, la NRV 13.^a del PGC, en su apartado 2.3, dispone de acuerdo con el principio de prudencia, solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos. La resolución añade un supuesto en el que se presumirá que los activos por impuesto diferido serán recuperados: cuando la legislación fiscal contemple la posibilidad de conversión futura de activos por impuesto diferido en un crédito exigible frente a la Administración tributaria. En consecuencia, la normativa tributaria parece haber configurado un régimen fiscal de garantía para la recuperación de unos determinados activos por impuesto diferido, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por dicha normativa. La

La citada norma deroga la Resolución de 9 de octubre de 1997



resolución establece la previsión de un horizonte temporal de 10 años, desde la fecha de cierre del ejercicio, para la recuperación futura de las pérdidas fiscales para poder contabilizar el crédito fiscal por Bases Imponibles Negativas.

Reserva de capitalización

La reserva de capitalización se tratará como un menor impuesto corriente. Además, en los casos de insuficiencia de base imponible, las cantidades pendientes originarán el nacimiento de una diferencia temporaria deducible con un régimen contable similar a las que traen causa de las deducciones pendientes de aplicar por insuficiencia de cuota. Por último, en el supuesto de que se produjese el incumplimiento de los requisitos, la empresa debería contabilizar el correspondiente pasivo por impuesto corriente.

Reserva de nivelación de bases imponibles

Desde un punto de vista estrictamente contable, al minorarse la base imponible podría identificarse una diferencia temporaria imponible asociada a un pasivo sin valor en libros pero con base fiscal, que traería con-

sigo el reconocimiento de un pasivo por impuesto diferido cuya reversión se produciría en cualquiera de los dos escenarios regulados por la ley fiscal (generación de bases imponibles negativas o transcurso del plazo de cinco años sin incurrir en pérdidas fiscales).

Limitación a la deducibilidad de la amortización relativa a los ejercicios 2013 y 2014

La amortización que no resultase fiscalmente deducible se deduciría de forma lineal en los diez años siguientes u opcionalmente en la vida útil del elemento patrimonial, a partir del primer periodo impositivo que se iniciase dentro del 2015.

Esta deducibilidad diferida habrá dado lugar al reconocimiento de los correspondientes activos por impuesto diferido, valorados inicialmente mediante la aplicación, en su caso, del tipo de gravamen general del 30%. En principio, la aprobación de un tipo de gravamen general del 25% en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, supondría una reducción del importe de los activos por impuesto diferido y en definitiva una menor deducibilidad final de esos gastos.

Imputación de rentas

En el artículo 9 se tratan las particularidades asociadas al tratamiento contable del efecto impositivo en las entidades que tributan en un régimen basado en la imputación fiscal de las rentas a los socios o partícipes; en la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reúne estas características, el régimen especial de tributación de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas. Desde un punto de vista estrictamente contable y en lo que concierne a la entidad que imputa sus rentas, en la resolución se asumen los criterios publicados en el antecedente del año 1997.

Consolidación fiscal

En el artículo 11 se aclaran los criterios a seguir para contabilizar el gasto por impuesto sobre beneficios en las cuentas anuales individuales de las sociedades que tributan en el régimen especial de consolidación fiscal.

Impuestos extranjeros de naturaleza similar al impuesto sobre sociedades español

En el artículo 12 se efectúan algunas precisiones relevantes sobre los impuestos extranjeros de naturaleza similar al impuesto sobre sociedades español. Se indica que en los supuestos excepcionales en que la renta obtenida en el extranjero no estuviera exenta de gravamen en España, también habrá que considerar, de manera independiente, el efecto impositivo derivado de la diferencia entre el valor en libros y la base fiscal (española) de los elementos patrimoniales afectos a dicha actividad.

Impuesto sobre beneficios

El artículo 18 se ocupa de las provisiones y contingencias derivadas del impuesto sobre beneficios. De acuerdo con lo establecido en la NRV 15.^a. Provisiones y contingencias del PGC, con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan, la correspondiente dotación a la provisión por el importe estimado de la deuda tributaria.

Regímenes especiales de tributación

La Resolución aclara el tratamiento contable aplicable a los regímenes especiales de tributación basados en la imputación de rentas generadas a sus socios, UTEs, AIEs españolas y europeas, tanto desde la perspectiva de la entidad como para los socios o partícipes, y el tratamiento aplicable al régimen de consolidación fiscal.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Regulada la tramitación electrónica automatizada de los procedimientos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social

- Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social

El pasado 1 de marzo el Boletín Oficial del Estado (BOE) publicó la Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social. La citada Resolución se encuentra en vigor desde el pasado 7 de marzo. En todo caso, la tramitación electrónica automatizada solo será posible cuando el procedimiento no exija la aportación física de documentos por parte del interesado.

Esta resolución tiene por objeto regular, de acuerdo con lo previsto en el artículo 130 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la tramitación electrónica automatizada de los procedimientos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que se relacionan en la propia norma, cuya gestión corresponda al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá tramitar, adoptar y notificar resoluciones de forma automatizada en los siguientes procedimientos:

- Solicitudes de prestaciones por maternidad y por paternidad.
- Solicitudes de pensiones de jubilación.
- Solicitudes de prestaciones por muerte y supervivencia.
- El reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
- Otros procedimientos que puedan dar lugar a la adopción de resoluciones de forma automatizada relacionados con cualquiera de las citadas prestaciones, incluidas las de modificación, suspensión o extinción del derecho a las mismas.

La Resolución incorpora un Anexo, en el que se relacionan los expedientes objeto de tramitación electrónica automatizada que han sido objeto de la auditoría previa a que se refiere el artículo 142.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Identificación de las aplicaciones informáticas

Las aplicaciones informáticas con las que se realizará la tramitación electrónica automatizada a que se refiere

esta resolución son, además de todas aquellas cuya norma de creación así lo prevea, las siguientes: PROGES-PRESS-CARPA-ALFA; INCA; BADAS y ASIA.

Los expedientes administrativos generados por las citadas aplicaciones se almacenan en el gestor documental aprobado por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 14 de noviembre de 2007, por la que se aprueba la aplicación informática del sistema de almacenamiento, recuperación, tratamiento de imágenes y documentos ofimáticos (SARTIDO).

Iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos

Los interesados podrán iniciar la tramitación automática de los procedimientos indicados en el resuelve primero accediendo a través del registro electrónico de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Para la presentación de solicitudes por los ciudadanos en el citado registro se utilizará el entorno electrónico personalizado Tu Seguridad Social accesible a través de la sede electrónica de la Seguridad Social.

Los interesados se podrán identificar y autenticar mediante documen-

to nacional de identidad electrónico, certificado electrónico admitido en el ámbito de la Administración General del Estado o a través de Cl@ve permanentemente con identificador de usuario y contraseña. No obstante, la identificación y autenticación de los ciudadanos podrá llevarse a cabo por un funcionario público habilitado, en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y las normas que lo desarrollan. Además, los interesados podrán obtener, mediante impresión, un resguardo de la tramitación de la solicitud efectuada.

La Resolución también establece que el Instituto Nacional de la Seguridad Social emitirá resolución automatizada que recogerá expresamente, además del contenido establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo siguiente:

- Su condición de acto administrativo automatizado.
- El sello electrónico de la entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1.a) de la Ley 11/2007, de 22 de junio.
- El órgano que ha de considerarse responsable a efectos de impugnación,

de acuerdo con lo indicado en el resuelve quinto.

Archivo y órgano responsable a efectos de impugnación

Los expedientes de tramitación automática se archivarán en el gestor documental SARTIDO, creando un macro documento, firmado mediante sello electrónico de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Las copias de los documentos electrónicos tendrán la consideración que se establece en el artículo 30 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

A efectos de impugnación de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social recaída en alguno de los procedimientos automatizados previstos en el resuelve primero de la Resolución, será considerada responsable de la emisión la dirección provincial de dicho Instituto del domicilio de notificaciones que se indique en la solicitud.

Dicho domicilio será el que figura en las bases de datos corporativas del sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que el interesado pueda modificarlo, en cuyo caso este último será el domicilio de notificaciones.

CRÓNICA DE TRIBUNALES

PENAL-COMPLIANCE

La responsabilidad de los entes colectivos no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido

STS (Sala de lo Penal) núm. 221/2016, de 16 de marzo de 2016 (JUR 2016, 56612)

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha absuelto por indefensión a una empresa que fue condenada por un delito de estafa en la venta de un piso sin haber sido imputada previamente en la causa. La sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la mercantil contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres que la condenó al pago de una multa de 24.000 euros y al cierre de la oficina desde la que operaba en Cáceres, durante seis meses.

La misma sentencia condenó al propietario de la inmobiliaria y a otra persona más a dos años de prisión por el mismo delito cometido tras cobrar una doble comisión –al comprador y al vendedor– por la operación sin que lo supieran los afectados; condena que ahora se reduce a un año de prisión.

La sociedad condenada alegó indefensión en su recurso porque no había sido imputada de manera formal en la causa, enterándose de su participación a través de un escrito de conclusiones provisionales, y su representante legal no había sido escuchado durante la instrucción criminal.

En su segunda sentencia sobre la responsabilidad penal de las entidades jurídicas, la Sala Segunda establece que la imposición de penas a las personas jurídicas –multa, disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, suspensión, clausura de sus locales y establecimientos, inhabilitación e intervención judicial– exige del fiscal el

mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. En este sentido, rechaza que el proceso penal discurre con una doble vía probatoria: una, la prueba de la acción de la persona física y otra, la declaración de responsabilidad penal de la personalidad jurídica.

Asimismo, explica que la responsabilidad de los entes colectivos, no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. Sobre todo porque ésta no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas del artículo 31 bis 1 b. Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso".

La sentencia, de la que ha sido ponente el presidente Manuel Marchena, indica que en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el fiscal acredite la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Todo ello, señala la sentencia, sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de

los medios probatorios que estime oportuno –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

En contra de lo que sostiene el fiscal, la Sala afirma que la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal no puede pasar a un segundo plano, cuando se opte por un modelo de responsabilidad vicarial. En este sentido, señala que "la responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías" y la imposición de cualquiera de las penas –que no medidas– previstas en el artículo 33.7. del Código Penal, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi". Añade que la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.

La sentencia concluye que la pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio. Nuestro sistema, subraya la Sala, no puede acoger fórmulas de responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad.

Actualidad Jurídica Aranzadi

El TS reconoce, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas

STS de 29 febrero 2016 (JUR 2016, 42685)

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha condenado por primera vez a una persona jurídica como responsable penal por los delitos cometidos en su seno o por las personas físicas que las componen.

Desde que se introdujese la modificación del CP por la Ley Orgánica 1/2015, en la que se establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de los artículos 31 bis y siguientes, no había existido ningún pronunciamiento al respecto por el Tribunal Supremo.

Como dice esta sentencia, la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha de establecerse teniendo en cuenta "si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de cultura de respeto al Derecho". Es decir, si existían medidas concretas de vigilancia y control del comportamiento de los directivos y subordinados jerárquicos de la empresa, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en Libro II del Código Penal.

Esta Sala, a su vez, pretende distinguir la excusa absolutoria recogida en la Circular 1/2016 FGE, de la exclusión de culpabilidad que supone la existencia de mecanismos de control adecuados para prevenir la existencia misma de una infracción. Según esta Circular, la 'excusa absolutoria' parte de la afirmación de existencia de responsabilidad, por una infracción cometida, cuya punición excluye.



En el caso que nos ocupa, una persona jurídica ha sido condenada, como responsable de un delito contra la salud pública, a una pena de multa y disolución de la misma. Esto se debe, según el TS, al cumplimiento de todos los requisitos establecidos por el artículo 31 bis del CP para que una persona jurídica sea penalmente responsable. Concretamente, se ha utilizado esta empresa con el objetivo de traficar con droga de un país a otro, operación que se realizaba por los directivos y subordinados de la persona jurídica, sin que existiese ningún tipo de mecanismos de prevención o denuncia.

Javier Gallego Cenoz
Área Penal-
Departamento de Contenidos

SOCIAL

El rescate de un plan de pensiones no siempre extinguirá el subsidio desempleo

STS de 3 febrero 2016 (JUR 201, 45188)



La actora tenía reconocido un subsidio de desempleo para mayores de 52 años cuando procede al rescate de un plan de pensiones. El SPEE emite sendas resoluciones sancionando con la extinción del subsidio y reclamando el reintegro de cantidades indebidamente percibidas: considera que se incurre en la infracción tipificada en el art. 25.3 LISOS por no haber comunicado la percepción de los ingresos del rescate, que provocan la superación del límite de rentas establecido para la percepción del subsidio. Tanto el JS como el TSJ consideran no ajustada a derecho la sanción y es el SPEE el que recurre en casación para la unificación de doctrina.

El TS rectifica la doctrina de la STS 18-4-2007 (RJ 2007, 3985) y las citadas en ella. El rescate de un plan de pensiones, cuya naturaleza no consta, no puede considerarse una situación determinante de la extinción

del derecho al subsidio de desempleo. Con el rescate, la actora no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya, siendo lo único relevante la ganancia, plusvalía o rendimiento correspondientes, sin que quepa imputar como renta o ingreso el total del rescate. Al no constar tales beneficios, ni su importe, la actora no ha cometido la infracción del art. 25.3 ("No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción"). Por aplicación del principio de tipicidad, al no poder subsumirse la falta de comunicación al SPEE en el tipo descrito en el art. 25.3 no se ha cometido la infracción, y consecuentemente no cabe la sanción de extinción del derecho a la prestación.

Mamen Alonso Arana
Área Social-Departamento de Contenidos

El TS clarifica el cálculo de la indemnización máxima por despido improcedente tras la reforma laboral

STS de 18 febrero 2016 (JUR 2016, 52312)

El Tribunal Supremo en su sentencia de 29 septiembre 2014 calculó la indemnización por despido improcedente tras la reforma laboral, conforme a la cual, si el día 12 de febrero de 2012 se hubiesen superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar las 42 mensualidades.

Posteriormente, en STS 2 febrero 2016 se advirtió que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a 42 mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

Con esta STS 18 febrero 2016, el Alto Tribunal viene a clarificar las sentencias anteriormente citadas:

- La disp. transit. 5ª de la Reforma Laboral sólo se aplica a supuestos de contratos celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012.

- Cuando, por aplicación del precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero 2012 «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

- De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el

período anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

- En sentido contrario, la norma implica que si por el período de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

- Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

- Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el período posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

- El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos.

Mabel Inda Errea
Área Social-Departamento de Contenidos

COMUNITARIO

Un Estado miembro puede denegar la concesión de prestaciones de 'asistencia social' a ciudadanos UE durante sus tres primeros meses de estancia

Sentencia de 25 de febrero de 2016 (TJCE 2016, 2)

Asunto C-299/14: Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García Nieto y otros

La cuestión prejudicial se planteó a raíz un litigio surgido en Alemania tras la denegación por un centro de distrito, a la familia Peña-García, prestaciones sociales no contributivas de subsistencia al Sr. Peña Cuevas y a su hijo, durante los tres primeros meses de residencia en Alemania, prestaciones que fueron concedidas, no obstante, transcurrido ese plazo. La Sra. García-Nieto y el Sr. Peña Cuevas vivían juntos como pareja desde hacía varios años en España y formaban una unidad económica, sin estar casados ni haberse registrado como pareja de hecho, con su hija común y el hijo todavía menor de edad del Sr. Peña. La Sra. García se desplazó a Alemania

con su hija para buscar trabajo y posteriormente el Sr. Peña y su hijo se reunieron con ellas.

En primer lugar el TJUE recuerda que ese tipo de prestaciones no pueden calificarse como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, sino que deben considerarse «prestaciones de asistencia social», en el sentido del artículo 24. 2, que regula la «igualdad de trato» en la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Un ciudadano de la UE sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si cumple los requisitos de esa Directiva. Es decir contar con medios de subsistencia suficientes y con una cobertura médica personal a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de los Estados miembros, salvo durante los tres primeros meses de estancia en otro Estado miembro, durante los cuales no tiene que cumplir con esos requisitos, pero puesto que los Estados miembros no pueden exigir dichos requisitos, la Directiva permite a éstos denegar a dichos ciudadanos toda prestación de asistencia

social durante los tres primeros meses. Según el Tribunal de Justicia, esa denegación no presupone un examen de la situación individual de la persona de que se trate.

Por tanto el Tribunal de Justicia concluye que la denegación de ese tipo de prestaciones sociales durante los tres primeros meses de residencia en otro Estado miembro son conformes con el Derecho de la UE.

M^a Cruz Urcelay Lecue
Departamento de Derecho Público

TRIBUTARIO

Las aportaciones de fondos públicos en concepto de subvenciones no están sujetas al IVA

STS (Sala Tercera, Sección 2.ª) de 16 de febrero de 2016 [JUR 2016, 41799]

Ponente: Excmo Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Se interpone recurso de casación 197/2014, por el Gobierno de Cantabria contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 299/2012, relativo a la liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido del cuarto trimestre del ejercicio 2008.

La cuestión controvertida presentada ante el Tribunal Supremo consiste en determinar si los fondos entregados por el Gobierno de Cantabria a la empresa "Marina de Laredo, SA" por la concesión de obra pública para la construcción del nuevo puerto pesquero-recreativo deportivo en Laredo, así como para la explotación de las dársenas recreativo-deportivas y el aparcamiento de vehículos, constituirían contraprestación por la obra ejecutada o a ejecutar, o una aportación para mantener el equilibrio financiero.

La Administración demandante basa su pretensión en la naturaleza mixta del contrato de obra pública y de concesión de obra pública.

De las pruebas pericial y documental se desprende a tenor de la demandante que la aporta-

ción fija del Gobierno de Cantabria es el precio por la ejecución de las obras y, por tanto, debe estar sujeta al régimen general del artículo 75 de la LIVA.

El Tribunal Supremo manifiesta que en ningún momento se ha cuestionado como aduce la demandante la doble dimensión del contrato, habiéndose limitado la resolución recurrida a resolver sobre la naturaleza de la aportación realizada por la demandante. Insistiendo la Sala en que lo discutido en la resolución recurrida es si la aportación de la demandante es precio o subvención.

La cláusula 3 bis del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato indicaba expresamente que «la aportación de la Administración solicitada por el concesionario en concepto de precio recibido para obtener el equilibrio económico-financiero de la concesión se realizará en tres pagos».

Deja claro el Tribunal Supremo, tal y como hizo en su momento la Audiencia Nacional en la resolución de la que trae causa el presente recurso, que una parte de los pagos efectuados en virtud del contrato constituían subvenciones de capital no

sujetas al IVA, mientras que sólo el resto estaba destinada a anticipar la retribución de la obra en cuestión.

En suma, el Tribunal Supremo ratifica tal y como confirmó en casación la Audiencia Nacional que la aportación del Gobierno de Cantabria constituye una subvención de capital, con la finalidad de mantener el equilibrio financiero de la operación. Resulta, por tanto, una forma de financiación y no una contraprestación por una entrega de bienes, no sujeta al IVA, debiendo ser devueltas por la Administración tributaria las cuotas soportadas indebidamente repercutidas.

En conclusión, se desestima el recurso casación y confirma la liquidación tributaria discutida. Todas las sumas entregadas por el Gobierno de Cantabria a Marina del Cantábrico, S.A., estarían sujetas al IVA por constituir pago de un precio por la obra ejecutada y entregada, y considera que parte (la señalada en el acto recurrido) constituye subvención no vinculada al precio, esto es, de capital, no sujeta al citado tributo.

Elena Gómez Varela
Departamento Derecho Público

CIVIL

Validez de testamento ológrafo redactado sin la habitual solemnidad

SAP de 12 enero 2016 (AC 2016, 65)

Interpuesto recurso de apelación solicitando la nulidad de testamento ológrafo por ausencia de palabras solemnes con las que en principio debe redactarse un acto de última voluntad, la AP previamente a la resolución de la cuestión, detalla los puntos esenciales que hay que tener en cuenta a la hora de determinar la capacidad del testador al redactar el documento. Cuestión que a pesar de tratada de forma indirecta en el recurso es considerada por la Audiencia como la más relevante a tener en cuenta.

Jurisprudencialmente se ha venido sosteniendo que la capacidad de las personas se presume siempre, y que todo individuo debe reputarse en su "cabal juicio" como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad que sería una excepción debe ser probada de forma evidente y completa.

En cuanto a la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador, corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad.

Es necesario que se demuestre de forma inequívoca y concluyente la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar, la incapacidad ha de ser grave hasta el punto de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de quién la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas. Por otro lado, la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento.



Sentado lo anterior y en el caso que nos ocupa, la ausencia de palabras solemnes graves o trascendentes con que de forma común se pudiera entender debe revestirse el acto por el que se dispone de los bienes para después de la muerte, no significa falta de entendimiento o comprensión plena de lo que expresa, que pudiera generara ausencia de capacidad testamentaria con el contenido que se acaba de decir, el testador ha utilizado palabras corrientes pero claras y concisas para expresar sus últimos deseos.

Eva Hernández Guillén
Área Privado-
Departamento de Contenidos

MERCANTIL

Retroactividad limitada de los intereses pagados como consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo

SAP Sevilla, núm. 396/2015, de 5 noviembre 2015 (JUR 2016, 30364)

Interpone recurso de apelación la entidad bancaria demandada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que declara nula por tener carácter de abusiva por desproporción y por falta de transparencia de la cláusula suelo incluida en un préstamo con garantía hipotecaria y le obliga a devolver todos los intereses indebidamente cobrados.

Los actores, propietarios de dos viviendas en ciudades distintas y residentes en otra localidad, suscriben en 2007 una escritura de préstamo para la adquisición de una de ellas con garantía hipotecaria de ambas.

En relación con este punto, declara la sentencia, que la OM de 5 de mayo de 1994 no exige que se trate de la vivienda habitual del hipotecante y además, el límite cuantitativo del préstamo establecido en la Orden está desfasado, por lo que, conforme al art. 3 del CC se tendrá que interpretar de acuerdo con la realidad social del tiempo de aplicación, y por ello, se puede aplicar a esta hipoteca de cuantía superior a la legal.

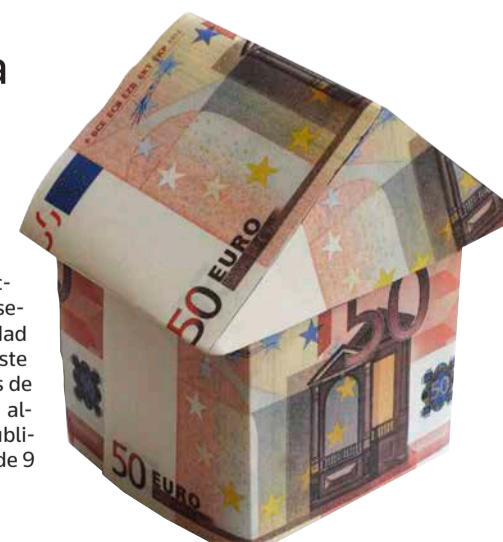
La Sala tras analizar el doble control de transparencia que tienen que superar las cláusulas suelo, entiende que no se ha superado el filtro de la

inclusión o incorporación que exige que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer completamente las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato, y en este caso, el hecho de que los actores en el año 2013 solicitaran una rebaja en el límite del interés mínimo y la demandada la aceptara como concesión unilateral graciosa, reversible en cualquier momento, no supone la admisión de su conocimiento en el momento de la firma ni la aceptación de sus consecuencias.

En cuanto a la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula

suelo, la Sala se aparta de la tesis mantenida en sentencias anteriores, de la retroactividad sin límite como consecuencia necesaria de la nulidad y, estimado el recurso en éste punto, declara que los efectos de la restitución de los intereses alcanzan hasta la fecha de la publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

Ana Barbería Legarra
Área Mercantil-
Departamento de Contenidos



NUEVAS TECNOLOGÍAS

El Internet de las cosas y las oportunidades en el sector legal



FERNANDO J. BIURRUN

Abogado. Fundador de Law&Trends

El pasado 25 de febrero se clausuró el último Mobile World Congress 2016, el llamado evento de la tecnología móvil reúne en unos días todas las tendencias y proyectos innovadores que vamos a tener disponibles en un futuro inmediato. Uno de estos avances tecnológicos es el llamado internet de las cosas (IOT -internet of things), es decir, objetos conectados con capacidad de acumular y transferir datos.

Si para finales de año la consultora Garner estima que habrá 4,9 millones de cosas conectadas a internet, la expectativa es que en los próximos cuatro años más de 50.000 millones de dispositivos lleguen a estar conectados, según las estimaciones de la Comisión para la Banda Ancha (Broadband Commission, 2012).

Hay quien cree que el internet de las cosas va a ser la nueva revolución industrial que va a transformar todos los mercados y que llegará a mover 14,5 millones de euros en el mundo, según estimaciones de la empresa Cisco. El IOT proporcionará las oportunidades para la eficiencia operativa, sobre todo en hacer un uso más eficaz de los equipos, así como los nuevos modelos de negocio, tales como los basados en los "resultados" de los productos y servicios o de pago por uso.

Junto a estas oportunidades de negocio, también, van a surgir problemas legales, lo que no deja de ser una oportunidad para el propio sector legal. Sirva como ejemplo el determinar la responsabilidad en un accidente de un "vehículo conectado" que circula de modo autónomo. ¿Será responsable el desarrollador del software de navegación, el fabricante de automóviles que ha instalado el software de navegación, el creador de mapas cuyo mapa potencialmente era incorrecta o el usuario?

En el portal ciberderecho.com se hacían eco recientemente del hacking de vehículos inteligentes, en concreto, del modelo Leaf de Nissan. Un Hacker australiano llamado Troy Hunt ha publicado un video donde se muestra como remotamente logra desde Australia hackear el sistema de un Leaf en Inglaterra y controlar varios de los sistemas conectados a internet del vehículo. Todo aparato conectado a la red es susceptible de sufrir un ataque.

Si la ciberseguridad es uno de los riesgos más presentes en el internet de las personas, el internet de las cosas no va a estar ajena a esta problemática. Así, Marck Radcliffe de DLA Piper describe en el blog de Thomsonreuters.com las diferentes problemáticas que el IOT nos puede plantear a los juristas. Al ya comentado problema de la ciberseguridad, añade otros como son la privacidad, la seguridad de los datos y el software de licencias.

Las diferentes normativas de privacidad en Europa, América latina, Asia, EEUU... y sus exi-

gencias en cuanto al consentimiento previo en la recogida de datos y el uso e intercambio de la información personal va a llevar aparejadas múltiples controversias con los diseñadores, desarrolladores y constructores de objetos conectados.

Las cuestiones relativas a la ciberseguridad no se limitan al daño que puedan hacer los hackers en sus acciones delictivas. La ausencia de normas claras que exijan niveles de ciberseguridad a las empresas, la poca familiarización con la seguridad cibernética de los nuevos operadores que ven una oportunidad de negocio en el IOT y el hecho de que muchas de esas oportunidades exigen la combinación de componentes de una amplia variedad de empresas dejan patente el riesgo que supone el internet de las cosas en lo relativo con la seguridad, tal y como señalo en el

2015 Vint Cerf, el vicepresidente de Google y uno de los padres fundadores de Internet.

Respecto de la seguridad de los datos Marck Radcliffe apunta la problemática relativa a la propiedad de los datos y los diferentes modelos legales de protección de los mismos en las diferentes normativas de propiedad intelectual y derechos de autor. Es diferente la protección que establece EEUU respecto de las bases de datos, según como estén organizados los datos, que la que regulación europea. Ante esta incertidumbre sobre el significado de la "propiedad" de los datos y su protección, las empresas tendrán que centrarse en secreto comercial y el derecho contractual para hacer frente a estos problemas, apunta Radcliffe.

La concesión de licencias de software va a ser otra de las claves del internet de las cosas, también afectado por la falta de uniformidad regula-

dora, empezando por los propios EEUU. A esto hay que añadir que se incrementa la posibilidad de agregación de software de una variedad de diferentes proveedores, por lo que la coordinación de estos términos de licencia será muy importante. Incorporar al abogado en el inicio del diseño es una de las conclusiones unánimes que se alcanzó en el último Congreso de IOT celebrado en Barcelona.

En suma, el Internet de las cosas es una de las grandes oportunidades para las empresas. Las empresas tienen que asegurar que el diseño de sus soluciones mitigue al máximo la incertidumbre jurídica desde el principio del diseño del producto con un correcto asesoramiento jurídico. Aun así, surgirán los problemas legales en el consumidor, en el uso de los productos, en la responsabilidad de daños... vayan preparándose.

Competencias y habilidades digitales de los abogados

Fernando J. Biurrun. Abogado. Fundador de Law&Trends

La formación del abogado y su adaptación a los tiempos es un debate abierto en nuestra profesión. Comentaba hace unos números de esta revista como desde EEUU se reclamaba la competencia digital de abogado como un requerimiento que debía exigirse dese los propios estamentos colegiales. También en nuestro país hay voces que reclaman la necesidad de complementar la formación jurídica con formación en habilidades y competencias digitales.

Nuestra interlocutora, María Jesús Gonzalez-Espejo es socia directora de Emprendelaw desde donde asesora en las áreas de comunicación y marketing legal, desarrollo de negocio, gestión de personas y conocimiento. Autora de monografías publicadas por Thomson Reuters Aranzadi como "Gestión de las personas en despachos de abogados" y "Gestión del conocimiento en despachos de abogados" tiene una proximidad diaria con los profesionales legales.

Convencida de que los juristas tienen que dominar conocimientos y habilidades para "manejarse con soltura en el mundo digital", comparte la idea de que la formación digital de los abogados debería procurarse desde las propias Facultades de Derecho. "Internet lo ha cambiado todo, incluido la for-

ma en que trabajan los abogados y en cómo se relacionan con sus clientes, con los tribunales, los proveedores y los propios colegas de profesión".

Es cierto que algunos ven con cierto escepticismo esta realidad digital, pero la rápida evolución de la tecnología y el mundo virtual tendría que ser una realidad manifiesta en la formación de nuestros futuros abogados que no van a tener más opciones en el ejercicio de la profesión. Hoy es LexNet, las bases de datos, los programas de gestión, internet... pero mañana puede surgir una nueva evolución que acelere el proceso tecnológico.

Así, para González-Espejo, un profesional jurídico debería tener un fuerte conocimiento sobre la tecnología que manejamos y compramos, así como de la que puede ser más eficiente en la gestión de su despacho y en la relación con sus clientes. También, de lo relativo a la deontología y normativa aplicable a la tecnología y su uso, principalmente en lo que respecta "a la normativa relativa a la protección de datos, los servicios de la sociedad de la información, la propiedad intelectual e industrial y la ley de cookies".

La presencia profesional del abogado en internet también conlleva entender cómo actuar y relacionarse en este entorno. De un lado, "hay que saber entender los comportamientos de los usuarios, de otro, hay que conocer el fun-

cionamiento de las redes sociales en las que se es participe, no solo sus dinámicas sino, también, sus reglas de funcionamiento que se recogen en sus términos y condiciones". Sin olvidar lo relativo a la construcción de la marca personal de abogado, donde la comunicación y la publicación de contenidos "en base a la originalidad y oportunidad -resalta González-Espejo- puede hacer destacar al profesional en sus campos de especialización".

Por último y, no menos importante, "los profesionales y colaboradores de la Justicia debemos ser conscientes de los riesgos que conlleva la tecnología". Así apunta María Jesús González-Espejo, la importancia en tomar medidas de seguridad respecto de nuestro trabajo, de la información que tenemos de nuestros clientes y de los recursos que utilizamos a través de terceros (servicios en la nube, redes wifi...).

Todos estos conocimientos necesitan de constantes puestas al día, por la propia sinergia de la evolución tecnología, algo que ya estamos acostumbrados los abogados por la inercia alocada de la producción legislativa de estos últimos años.

Junto a los conocimientos digitales nuestra interlocutora complementa la actividad laboral del abogado con lo que llama las "habilidades del abogado virtual", claves de éxito que pueden ayudar a mejorar el impacto profesional

en el mundo digital y que no todos sabemos manejar eficazmente.

Así, ante interlocutores desconocidos y variados el "utilizar el registro adecuado, buscando acercarse a un usuario genérico y donde el lenguaje técnico puede resultar un obstáculo, puede ayudar a mejorar la empatía y simpatía virtual, resultando más próximo a los potenciales clientes y a la comunidad con la que compartimos ideas y opiniones".

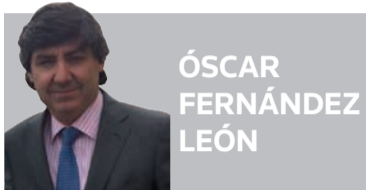
Esta línea de proximidad no debe olvidar la profesionalidad, la seriedad y la consistencia que van a ser elementos fundamentales para ayudar a "construir una reputación sólida, que solo se consigue con mucha constancia y consistencia de lo que se comunica".

Todas estas habilidades se complementan con una escucha activa con la que se puede entender "lo que interesa y gusta a los clientes" y con un ejercicio proactivo virtual que exige, sobre todo en redes sociales, "comentar, contestar, agradecer y dinamizar los contenidos de aquellos que nos interesan", concluye González-Espejo.

En suma, lo digital forma ya parte de nuestras vidas bien porque es necesario en nuestro trabajo cotidiano, bien porque está presente en nuestras relaciones profesionales y personales. "El futuro está aquí y no debemos seguir mirando a otro lado", recordemos esta sentencia de María Jesús Gonzalez-Espejo cada día.

GESTIÓN DEL DESPACHO

A vueltas con el perfil del abogado del siglo XXI



ÓSCAR FERNÁNDEZ LEÓN

Socio Director de LEON & OLARTE FIRMA DE ABOGADOS, SLP y Experto en Gestión y Organización de Despachos Profesionales

Que nuestra profesión se encuentra en permanente transformación es algo que ya se da por sentado en el sector desde hace años, siendo indudable que el contexto económico, social y profesional al que actualmente nos enfrentamos ha supuesto una de las más importantes rupturas vividas por la abogacía en sus más de cinco mil años de existencia.

Las exigencias derivadas de dicha transformación han motivado que el enfoque de la profesión haya sufrido un cambio de notable trascendencia, el cual ha generado no pocas incertidumbres en cuanto al futuro debido al severo correctivo sufrido en nuestros despachos por factores como la crisis económica, una mayor competencia, la reducción de clientes (que además se han vuelto más selectivos y con mayor capacidad de información y decisión), un cambio en los sistemas de gestión y organización de despachos, los cambios tecnológicos, etc.

En este contexto, qué duda cabe que el abogado debe adaptarse a las nuevas demandas y abrazar la incertidumbre para conseguir avanzar y crecer profesionalmente, lo cual tiene su indudable reflejo y materialización en el perfil competencial que el moderno abogado debe disponer para acometer dicha tarea con garantías de éxito.

Fruto de ello, en los últimos años han sido numerosas las publicaciones y encuestas dirigidas a analizar y evaluar el perfil del nuevo profesional de la abogacía, si bien echo en falta en dichos trabajos alguna reflexión sobre la propia esencia de nuestra profesión, puesto que lo que la forma de ser, sentir y actuar del abogado debe formar parte inexcusablemente de todo perfil competencial, ya que poco sentido tendría disponer de un completo repertorio de destrezas, si se olvida contemplar lo que a mi juicio constituye el propio ADN del abogado.

En tal sentido, y como decía Martínez Val, la abogacía es una forma de ser, sentir y actuar que se puede encarnar en muchas y variadas formas, capaz de trabajar con materiales jurídicos cambiantes (profusión de legislación), bajo forma de nuevas instituciones (sociedades profesionales), con utilización de nuevas tecnologías (el cambio tecnológico desde la creación de internet), pero lo que nunca podrá desaparecer o eclipsarse es esa esencia del abogado, en el que la alta cotización intelectual y moral es su verdadero activo.

La esencia de Abogacía

Efectivamente, la esencia de la Abogacía se basa en un conjunto de valores centrales y de propósitos fundamentales que apenas cambia con el transcurso del tiempo y permanece invariable. Siguiendo el pensamiento de Peter Drucker, las normas culturales, estrategias, tácticas, procesos, estructuras y métodos cambian continuamente para dar respuesta a los cambios del entorno, lo que motiva que nuestra profesión se vea abocada a estimular el progreso a través del cambio, la mejora y la innovación (igualmente a través de la renovación) Y esta es la gran paradoja: adaptación



La esencia de la Abogacía se basa en un conjunto de valores centrales y de propósitos fundamentales que apenas cambia con el transcurso del tiempo

y transformación de la profesión, pero con el necesario anclaje de una serie de principios y valores que han inspirado la idea de la abogacía desde sus inicios. Ya lo decía Drucker "los que mejor se adaptan a un mundo tan cambiante son las que mejor saben lo que no deben cambiar".

¿Y dónde se refleja el espíritu de nuestra profesión?

Para responder a esta pregunta, hemos de considerar que si tras siglos de experiencia, nuestros códigos profesionales han entendido que nuestra profesión se rija de acuerdo con determinados postulados, esto ha sido precisamente para reflejar que el papel esencial que desarrollamos los abogados en la sociedad, garantizando el acceso a la justicia y en virtud de la conexión de la profesión con este valor constitucional, se lleve a cabo con las máximas garantías.

Por ello, siendo la primera obligación del abogado conocer el estatuto privilegiado que informa el desempeño de su función (independencia, libertad de expresión, el secreto profesional, el amparo colegial y judicial) y sus obligaciones principales en su desempeño

(independencia, libertad, diligencia, competencia, secreto profesional), reglas éstas que constituyen fiel reflejo de la tradición y cultura profesional y el sentir propio de la abogacía, todo perfil que se precie deberá contar con la exigencia de un profundo conocimiento de los principios y deberes que inspiran nuestra profesión.

Podrá plantearse que los retos a los que ésta se enfrenta son variadísimos y que el abogado debe disfrutar de un perfil que incluya conocimientos empresariales, emocionales, de comunicación, tecnológicos, etc. Estoy totalmente de acuerdo, y así lo vengo defendiendo en toda ocasión que se presenta. No obstante, como anticipaba, lo obvio, por el mero hecho de ser incontestable, no debe ser pasado por alto, y es más que recomendable, cuando nos enfrentemos a la figura del nuevo abogado, no olvidar que por muchas habilidades, destrezas y competencias que disponga el profesional, si no se siente verdaderamente abogado, difícilmente podrá satisfacer las demandas y necesidades que la sociedad nos reclama en esta etapa de incertidumbre e ilusión.

Preguntar a los clientes, la clave para innovar



EUGENIA NAVARRO

Consultora de marketing estratégico en SEMA

Si bien es verdad que el sector legal está en pleno cambio y que los modelos de negocio están evolucionando, no hay que olvidar que todo esto viene provocado por las nuevas necesidades del cliente. No me cabe la menor duda de que la innovación surge desde los departamentos legales internos de las compañías porque ellos son quien forzosamente tienen que adaptarse a los rapidísimos cambios que sufren sus empresas debido al ritmo vertiginoso que tienen sus respectivos mercados. Y es que la única constante que existe en el mundo empresarial es el cambio permanente. Los mecanismos que han desarrollado las empresas para entender las variables críticas se basan en el estudio profundo del mercado y de sus operadores con el objetivo de evitar que les pille por sorpresa cualquier tendencia. Flexibilidad, adaptación al cambio y rapidez son claves para competir.

El sector legal en general ha sufrido una involución durante muchos años pero aún me resulta sorprendente la falta de recursos que dedican a intentar comprender a los clientes. Gran prueba de ello es el material promocional de los despachos (folletos, webs...) que aún sigue centrado en describir sus capacidades técnicas, en lugar de enfocarse a capacidades competitivas diferenciadas de sus especialidades. Si nos paseamos por las páginas webs de las firmas españolas veremos que en su pestaña de servicios describen por orden alfabético las áreas de práctica una a una. El director de una asesoría jurídica (el comprador) es un abogado experto en su sector y no creo que le interese mucho el descriptivo de las áreas. Las pestañas más consultadas en la webs de un despacho son contacto y abogados. Ahí queda la reflexión. Sólo he visto el cambio de orientación en los mensajes promocionales en firmas anglosajonas y en los llamados "Alternative Business Structures" como Axiom.

Las firmas españolas son bastante endogámicas porque siguen centrando su discurso promocional en lo potentes que son a nivel técnico, cuando los clientes dicen que la oferta técnica es indiferenciada. Pero ¿quién escucha de verdad lo que necesitan los clientes?, ¿quién conoce los indicadores críticos del servicio y los mide?, ¿quién introduce sistemáticamente esos elementos para generar nuevos productos o servicios?

Pues sin programas de calidad eficientes en los que se le pregunte al cliente no como un trámite, sino con ánimo de cambiar, es imposible generar mejoras. Escuchar al cliente, algo tan

Escuchar a los clientes es, sin duda, la fórmula del éxito

obvio, no lo es tanto en el sector legal. Incluso algún abogado alega que lo que hay que hacer es educar a los clientes para que entiendan cómo va el negocio. Nada más lejos de la realidad. El mercado avanza sin dejar rehenes. Los despachos tienen que abrir vías fluidas de comunicación si quieren ser competitivos.

Mucho se ha escrito sobre la falta de diferenciación de las firmas en el mercado y es que si haces siempre lo mismo, obtienes los mismos resultados, o incluso peores, si el entorno ha cambiado. La fórmula magistral de la adaptación está en escuchar y entender donde está el valor. Por ejemplo, el cliente quiere que se le facture a precio fijo, ¿cuántos despachos son capaces de dar este mensaje? El precio es un atributo que se ha convertido en criterio de selección. ¿Cuánta innovación hemos visto en precios o modelos de facturación?

Según estudio de la ACC (Association of Corporate Counsel) los clientes consideran que sus despachos de abogados les preguntan poco o muy poco sobre cómo mejorar el servicio. Aún basan sus estándares de calidad en el producto técnico, es decir de los escritos.

La satisfacción de los clientes es la diferencia entre las expectativas y la percepción del servicio. Cuando hablamos de percepciones estamos en el mundo de la subjetividad y ahí en abogado también se maneja mal. Los detalles son importantes, sobre todo porque emiten mensajes de posicionamiento en la mente del comprador de servicios jurídicos. No todos los detalles son igual de relevantes, pero sólo podemos conocerlos a través de la opinión de los clientes. No me vale el abogado que dice que él sabe todo lo que su cliente necesita, me vale el que le pregunta de manera objetiva e incorpora en su propia estrategia de negocio los cambios que le pide su cliente.

Algunos abogados temen preguntar, pero los clientes agradecen que se les escuche y sobre todo que puedan aportar sus opiniones para mejorar la prestación del servicio que reciben. Pero esta escucha debe profesionalizarse e incorporarse como un proceso continuo que ayude a centrar la estrategia de la firma y su reconocimiento en el mercado. No importa el tamaño de la firma, escuchar a los clientes es, sin duda, la fórmula del éxito en un entorno incierto y competitivo. La innovación será un éxito siempre que se adapte a lo que el mercado necesita. Quien sea resistente al cambio o no lo entienda, dejará de ser competitivo.

TELARAÑA

Uría Menéndez y Garrigues, premiados en la gala 'The Lawyer'

Las firmas españolas Uría Menéndez y Garrigues resultaron premiadas en Londres en la gala *The Lawyer European Awards* 2016. El evento, celebrado el pasado 9 de marzo, sirvió de marco para la entrega a Uría Menéndez de dos galardones, concretamente *Iniciativa Estratégica Global del Año* (*Global Strategic Initiative of the Year*), por el proyecto en América Latina junto con PPU; y *Socio Director del Año en Europa* (*European Managing Partner of the Year*), otorgado a Luis de Carlos, Socio Director de Uría Menéndez.

Por su parte, Garrigues recibió el premio a la "Firma del Año: Iberia" (*Law Firm of the Year: Iberia*). Garrigues fue, además, uno de los finalistas en la categoría de "Firma Europea del Año". En esta categoría, Garrigues era el único despacho español.

Luis de Carlos, socio director de Uría Menéndez, está al frente de la responsabilidad desde hace 10 años, guiándolo a través de uno de los períodos más turbulentos a nivel económico en la península. El crecimiento de la facturación de la firma en 2014 en un 3,6 por ciento, el más fuerte en el mercado, introdujo al despacho en un récord de ingresos. Aunque las cifras de 2015 aún no están disponibles, no cabe duda de que demostrarán que el crecimiento no ha sido anecdótico.

The Lawyer destaca que la visión de Luis de Carlos ha permitido mantener a Uría Menéndez en su posición como asesor corporativo de primer nivel en España, aprovechando las relaciones con sus best-friends europeos. La publicación británica también premio el proyecto en América Latina de la firma, concretado en PPU,

es decir, "Philippi, Prietocarrizosa & Uría". PPU es ya una firma establecida en América Latina, aprovechando las sinergias y carteras de clientes de Philippi y Prietocarrizosa, despachos de referencia chileno y colombiano, respectivamente.

Garrigues fue premiada por *The Lawyer* como mejor firma del año en la península ibérica, reconociendo aspectos como la estrategia, la innovación en el servicio al cliente, la gestión del talento, los resultados económicos y las transacciones asesoradas en los últimos meses. En el apartado de estrategia, los galardones ingleses reconocieron tanto el crecimiento y la rentabilidad de la firma, como su continua innovación en el servicio al cliente y el compromiso con el talento; factores que han posicionado Garrigues en los primeros puestos de los rankings de las mejores empresas para trabajar.

El premio destacó en Garrigues las operaciones de creación de Coca-Cola European Partners, la venta de los activos latinoamericanos de Endesa, la fusión de UIL Holdings Corporation e Iberdrola USA o la adquisición de Pepe Jeans por parte de M1 y L Capital. "El premio que nos concede *The Lawyer* es un reconocimiento al trabajo de todo el despacho en un año muy importante para nosotros. 2015 ha traído grandes avances, especialmente en la consolidación de nuestra práctica latinoamericana. Este galardón reafirma nuestra gran apuesta internacional. Nos sentimos muy orgullosos", explicó Fernando Vives, presidente ejecutivo de Garrigues.



Luis de Carlos, tercer premio por la izquierda, posa con su galardón.



Ignacio Corbera, socio responsable de la oficina de Londres en Garrigues, con el premio.

Juan Picón, nuevo copresidente mundial y 'senior partner' de DLA Piper



DLA Piper, segundo despacho de abogados por tamaño, con más de 4.500 abogados en más de 30 países, ha nombrado al español Juan Picón copresidente mundial y *senior partner*, sustituyendo en la responsabilidad a Sir Nigel Knowles, quien dejará la firma en abril, pasando a ser consultor externo. Este nombramiento tendrá efectos a partir del próximo 1 de mayo. De esta manera, el abogado español se convierte en el

primero en presidir un despacho de abogados internacional.

Picón se incorporó a DLA Piper como socio director en España en febrero de 2006, proveniente de Squire, Sanders & Dempsey. En 2007 fue nombrado director internacional del grupo de Mercantil, incorporándose al comité ejecutivo en 2012 como director internacional de grupos y sectores. En 2014 fue designado director internacional de Europa y Oriente Medio y copresi-

dente del área de Latinoamérica, junto a Bob Gruendel.

Juan Picón se muestra muy satisfecho del nombramiento como copresidente mundial y *senior partner* de la firma. Según comentó "creo que es un momento de grandes oportunidades para la firma y es un privilegio poder liderar este proyecto. Nuestro objetivo es ser la firma jurídica de negocios global líder y tenemos la estrategia más adecuada para lograrlo".

Deloitte Abogados firma un convenio de colaboración pro bono con Médicos sin Fronteras

Deloitte Abogados ha firmado un convenio de colaboración con Médicos sin Fronteras. En virtud de este acuerdo los profesionales del despacho asesorarán a la organización a través de un proyecto pro bono.

El proyecto se concreta en la prestación de servicios profesionales de información y asesoramiento jurídico tanto en materia laboral, abarcando al personal expatriado; como en la Asamblea General Anual. En este as-

pecto, Deloitte apoyará en la celebración de la Asamblea y también en el asesoramiento jurídico y la revisión del diseño de normas reguladoras del desarrollo de la misma y de los aspectos legales del voto electrónico.

La firma del acuerdo contó con la presencia de José Antonio Bastos, presidente de Médicos sin Fronteras, y Elena Martínez, responsable de Colaboraciones Estratégicas de la ONG.

Freshfields nombra a Javier Monzón nuevo socio de mercantil

Con efectos a partir del 1 de mayo de 2016, y unido a otros 15 nuevos nombramientos de socios en diferentes disciplinas del derecho, de Freshfields en todo el mundo, Javier Monzón será nuevo socio de mercantil en la firma internacional Freshfields Bruckhaus Deringer.

Incorporado a Freshfields en 2006, Monzón es licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Está especializado en fusiones y adquisiciones domésticas y multijurisdiccionales y en *private equity*. Es experto en reestructuraciones, lo que le ha llevado a participar en varios procesos de la reestructuración bancaria española, asesorando a cajas de ahorros.

Tal y como afirma el director de la práctica de Derecho Mercantil/M&A en España, Armando Albarrán, "el nombramiento de Javier Monzón premia su destacada trayectoria profesional y refuerza nuestra ya consolidada oferta a clientes domésticos e internacionales en operaciones de fusiones y adquisiciones y *private equity*. Javier forma parte de un equilibrado equipo de abogados de alto nivel, con capacidades domésticas e internacionales, que lleva trabajando juntos muchos años, asesorando a clientes allá donde nos necesitan, independientemente de nuestra presencia física, algo que nuestros clientes valoran enormemente."

LEY Y DOCTRINA

ÉXITO DEL 'I CONGRESO INTERNACIONAL DE COMPLIANCE', ORGANIZADO POR THOMSON REUTERS Y ASCOM



Raúl Castillo, director comercial de Thomson Reuters, se dirige a los asistentes al 'I Congreso Internacional de Compliance'. Foto: Auriga Cool Marketing.

Madrigal pide un "cambio profundo" del proceso penal para que la responsabilidad de personas jurídicas gane en eficacia

Actualidad Jurídica Aranzadi

La fiscal general del Estado, Consuelo Madrigal, defendió el pasado 17 de marzo la necesidad de llevar a cabo un "cambio profundo" del proceso penal para ganar en flexibilidad y eficacia a la hora de prevenir los delitos derivados de la responsabilidad de las personas jurídicas, figura introducida en el Código Penal y que amplía a las organizaciones las responsabilidades penales por actuaciones individuales.

La fiscal general hizo estas declaraciones en el acto de inauguración del *I Congreso Internacional de Compliance*, organizado por Thomson Reuters y la Asociación Española de Compliance (ASCOM) y que se desarrolló los días 17 y 18 de marzo en el Gran Anfiteatro Ramón y Cajal de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid. Madrigal estuvo acompañada en el acto de apertura de Sylvia Enseñat de Carlos, presidenta de ASCOM. El *I Congreso Internacional de Compliance* se convoca con el objetivo de congregar a los principales actores relacionados con la función de compliance y con el ánimo de que constituya un referente para todos los profesionales, contribuyendo a la difusión de la función de compliance en nuestro país.

El compliance es una figura extendida en el mundo anglosajón y contemplada por la legislación española

para, a través de medidas internas de prevención del delito, exonerar a las organizaciones de las responsabilidades penales. Desde 2015, las empresas pueden contar con un órgano de supervisión y vigilancia conocido como programa de compliance.

Madrigal advirtió que "la polémica está servida", haciendo referencia a las recientes sentencias del Tribunal Supremo, con votos discrepantes y división de la sala, sobre la interpretación que se hace de la reforma del Código Penal de 2015.

"La reforma es muy reciente y no se puede predecir qué resultados dará", comentó Madrigal sobre la introducción de la figura de la persona jurídica, algo que aprecia como "muy positivo" porque puede generar una "mayor conciencia ética" en las organizaciones. "El éxito dependerá del modelo procesal, si es más flexible encontraríamos más eficacia".

Acuerdos de conformidad

La fiscal general reclamó que se introduzcan más acuerdos de conformidad y, con ello, mayor flexibilidad en el proceso penal. "Todo esto apunta a un cambio estructural profundo del proceso penal para abreviar la fase de instrucción y poder centrarse en el juicio oral", señaló Madrigal, que ha insistido en que el fin del compliance "no es la exoneración" del delito. "La finalidad primordial es elevar el tono ético empresarial", especificó.

"El Ministerio Público cree que el cambio es muy trascendente", añadió y recordando la circular de enero de 2016 con instrucciones precisas a los fiscales, donde se les especifica que es este cuerpo el que tiene que probar la inexistencia de programas eficaces de compliance para prevenir el delito, sin que sirvan "programas tipo" o basados en "evaluaciones externas puramente formales".

Críticas al legislador

Entre los ponentes en el Congreso Internacional de Compliance celebrado en Madrid se encontraba José Manuel Maza Martín, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ponente de una de las tres sentencias sobre la figura de la persona jurídica. El magistrado ha hablado de un "tremendo desafío" y ha deslizado algunas críticas por la ausencia de una ley específica que cumpla con el mandato de los organismos internacionales.

"Es el arma más efectiva para aquellos gravísimos delitos de orden económico que se producen en el seno de las complejas organizaciones empresariales", ha admitido José Manuel Maza, quien, no obstante, ha señalado que existe un debate por el "grave peligro" de desatender el mandato constitucional sobre los "principios de garantías de las personas físicas".

El magistrado del Supremo recurrió a una metáfora para visualizar el desconcierto en el seno del alto tribu-

Advierte que 'la polémica está servida' después de las primeras sentencias del Supremo al respecto



nal: "Tenemos bastantes dificultades y estamos como esas actuaciones de malabaristas con platillos y tres varas". En este sentido, ha coincidido con Madrigal en que el sistema procesal en España, a diferencia de lo que ocurre en otros países, "prácticamente imposibilita" la aplicación de la responsabilidad penal en las empresas.

En este sentido, ha insistido a la necesidad de "autorresponsabilidad" de la empresa y ha advertido de los "riesgos sobre la eximente" al introducir programas de compliance al

observar que puede llevarse por parte del instructor a una "solución forzada" que conlleve al archivo del delito sobre la persona jurídica. "Aquí no tenemos un fiscal investigador, tenemos un juez instructor", ha dicho Maza a modo de ejemplo de los déficit legislativos.

Un Congreso con siete paneles

La cita se ha estructurado en un total de siete paneles, que en su conjunto abordan los aspectos más relevantes de un nuevo marco normativo de gran trascendencia para el profesional jurídico, sobre todo a raíz de la reciente modificación del Código Penal, que establece la necesidad de que los órganos de administración de las empresas adopten medidas de vigilancia y control.

Marta Casas, Chief Compliance Officer, de Abertis y Janes Reeves, Thomson Reuters general Counsel, intervendrán en el Panel II, dedicado a los Retos del Compliance Officer Global. Por su parte, la fiscal Secretaria Técnica de la Fiscalía General del Estado, Helena Prieto, intervendrá en el Panel III: Compliance como factor clave en la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales. En el ámbito internacional cabe destacar la presencia de Sergio Muñoz Gajardo, Presidente de la Corte Suprema de Chile.

Carlos Lesmes inaugura el 'II Congreso Nacional de Derecho de Sociedades', organizado por Thomson Reuters

El 3 de marzo, con el discurso de inauguración del presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y del Tribunal Supremo, Carlos Lesmes, dio comienzo el *II Congreso Nacional de Derecho de Sociedades*, organizado por Thomson Reuters. En el acto, la primera autoridad judicial de España estuvo acompañada por el presidente del Consejo Editorial de Aranzadi, Javier Moscoso del Prado, el catedrático de Derecho Mercantil y socio de Uría-Menéndez Cándido Paz Ares,

y el abogado y administrador concursal Pedro Prendes Carril, director del congreso.

En sus palabras iniciales, Lesmes subrayó que "congresos como éste son el lugar adecuado para debatir con serenidad y reflexión, pero también con ilusión abierta, la exploración de estos nuevos campos, de ese mundo de enormes posibilidades que presentan las sociedades en el siglo XXI". Javier Moscoso del Prado, presidente del Consejo Editorial de Aranzadi, reflexionó

que "este congreso se hace para estar al día, con cierta sensación de que es cada vez más difícil", recordando que "el mundo de las sociedades ha cambiado de forma radical y, sin embargo, la normativa sigue siendo regional. Esto produce algunos problemas que van complicando la vida del Derecho y que hace necesario una permanente actualización del mismo".

El *II Congreso Nacional de Derecho de Sociedades* se ha celebrado una vez que se ha cumplido un año de aplicación de la reforma en la

materia, establecida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Así, ponentes y asistentes pudieron debatir con el bagaje de una experiencia significativa de aplicación de la ley, que permite ya advertir los aspectos más controvertidos que se han venido dando en la práctica, así como proponer las orientaciones y posturas para resolver los conflictos.

Director: Javier Moscoso del Prado. Director adjunto: Carlos Balanza Nájera. Coordinación contenidos: Juan Iribas Sánchez de Boado, Inés Larrayoz Sola y Mercedes García Quintas. Redacción y diseño: Thomson Reuters Aranzadi. Publicidad: Jesús Cadenas. Imprime: Rodona Industria Gráfica S.L. Editorial Aranzadi S.A., Camino de Galar, núm. 15, 31190-Cizur Menor (Navarra), Tel.: 902 40 40 17. Depósito Legal: NA-85-1995 - ISSN 1132-0257. Contacto: contenidos-AJA@thomsonreuters.com.

CON LA VENIA ... de Oroz



Algunos malentendidos que puede provocar la actualidad jurídica española ...

SIN LA TOGA

Javier San Martín, presidente del Consejo General de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España

"En nuestros despachos se evitan muchísimos más pleitos de los que se celebran a lo largo del año en la jurisdicción Social"

Actualidad Jurídica Aranzadi

El presidente del Consejo General de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, Javier San Martín, tiene muy claro dónde está institucionalmente la profesión a la que representa y por la que lucha. También conoce lo que hace falta para seguir avanzando en las aportaciones que se realizan a la mejora de la Justicia. En un momento en que hay cambio en la presidencia de la profesión hermana, la Abogacía, y mientras se normalizan las notificaciones telemáticas en las que los graduados sociales fueron pioneros, la entrevista a Javier San Martín nos ayuda a reflexionar acerca de estos temas y otros como la relevancia de los colegios y la necesidad de una normativa laboral estable.

La pasada legislatura hubo numerosas novedades normativas que afectaron directamente al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. ¿Cuál de los textos considera que ha mejorado en mayor medida la práctica de los graduados sociales?

Sin duda, el Real Decreto 3/2012, de 12 de febrero de 2012, por el cual se reformó el Estatuto de los Trabajadores (lo que se conoce como "la reforma laboral"). Este Real Decreto, que posteriormente se convalidó con Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ha sido la norma que ha permitido a los graduados sociales desarrollar con plena eficacia su conocimiento en las relaciones laborales españolas, asesorando a trabajadores y empresas en un momento crítico de la crisis económica. Esta norma, que a mi juicio se hizo tarde, fue el instrumento jurídico necesario para transitar por la crisis económica con una cierta dignidad en materia laboral. Facilitó infinidad de despidos, es verdad, con la que estaba cayendo, no podía ser de otra forma. Ahora, los nuevos políticos pretenden enmendar la reforma, e incluso derogarla. A mí me parece una barbaridad la derogación, creo que si se hace supondría un retroceso. Valoro positivamente la estabilidad de la normativa.

Están poniéndose en funcionamiento instrumentos tecnológicos para los profesionales del derecho, como LexNet, que facilitan en gran medida el plano procesal del día a día. ¿Cómo se están preparando los graduados sociales ante estos retos?

La revolución en las comunicaciones telemáticas que estamos viviendo no coge por sorpresa a los graduados sociales, porque nosotros somos la única profesión que ya en 1998 contribuyó a modernizar las comunicaciones de la



La unión de los Colegios provinciales, sin duda, es lo que más orgullo me genera



Seguridad Social. Precisamente por ello, cuando ha comenzado LexNet y el Ministerio de Justicia nos ha pedido colaboración en ello, hemos permanecido desde el minuto uno a su lado, porque estamos muy preparados. La reciente sentencia del Tribunal de Estrasburgo que refuerza la posición de la Sala IV del TS frente a la Sala II, en lo que respecta al uso de los medios telemáticos en la empresa, es sin duda una he-

ramienta de trabajo. Con aspectos como estos, los graduados sociales, cada día más, vamos reforzando nuestra posición procesal.

¿Cómo valora la mediación laboral? ¿Qué papel tienen los graduados sociales en la mediación?

Sin duda uno muy importante. Quizá ni el Gobierno, ni el poder legislativo, ni el judicial; ni empresarios ni trabajadores, han repara-

do que el papel de los graduados sociales en las relaciones laborales es imprescindible. En nuestros despachos se evitan muchísimos más pleitos de los que se celebran a lo largo del año en la jurisdicción Social. Nuestro conocimiento profundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, unido a que nuestra profesión tiene la doble vertiente de la gestión y el proceso, nos lleva a concluir que el primer filtro de mediación y de conciliación se produce en nuestros despachos.

¿Hay relaciones institucionales entre los abogados y los graduados sociales? ¿Qué pasos se han dado últimamente en este sentido, o qué pasos desearía que se diesen?

Las relaciones institucionales entre abogados y graduados sociales no han existido durante los últimos doce años. Sentimos que el Consejo General de la Abogacía Española no ha tenido como prioridad compartir con nosotros los avances en el entorno procesal. La representación técnica, la incorporación de pleno derecho en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la firma del recurso de suplicación, y la incorporación de los graduados sociales a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, no han logrado acercar las relaciones institucionales. Considero que es mejor ir juntos que cada uno por su lado, así que veo como una oportunidad la incorporación de la nueva presidenta del CGAE. Apuesto por mejoras en la comunicación de ambas profesiones, que darán a la Justicia el impulso que necesita.

¿De qué conquista para la profesión se siente más orgulloso?

Cuando yo me incorporé al Consejo General en el año 2002, había una auténtica quiebra de las relaciones entre los Colegios en toda España. La unión de los Colegios provinciales, sin duda, es lo que más orgullo me genera. Como conquista de la profesión, estoy especialmente satisfecho de cómo se afianzan el Grado Universitario de Relaciones Laborales y Recursos Humanos en la universidad española.

¿Qué le falta a la profesión de graduado social para tener más visibilidad en el entorno jurídico?

Sin duda, lo que a la profesión le falta es aumentar el número de colegiados. Si tuviéramos a muchos de los que en la actualidad ejercen la profesión en la gestión, no en el proceso, las cosas cambiarían. La profesión necesita más colegiados, no más reconocimiento. Creo yo que el reconocimiento que tenemos ya es bastante.