AJA ACTUALIDAD JURÍDICA
aranzadi

Crónica legislativa
Creada la Comisión de seguimiento de las cláusulas suelo
Pág. 25

La Cara y la Cruz
Sujeto pasivo en la transmisión de un hipoteca
Pág. 2

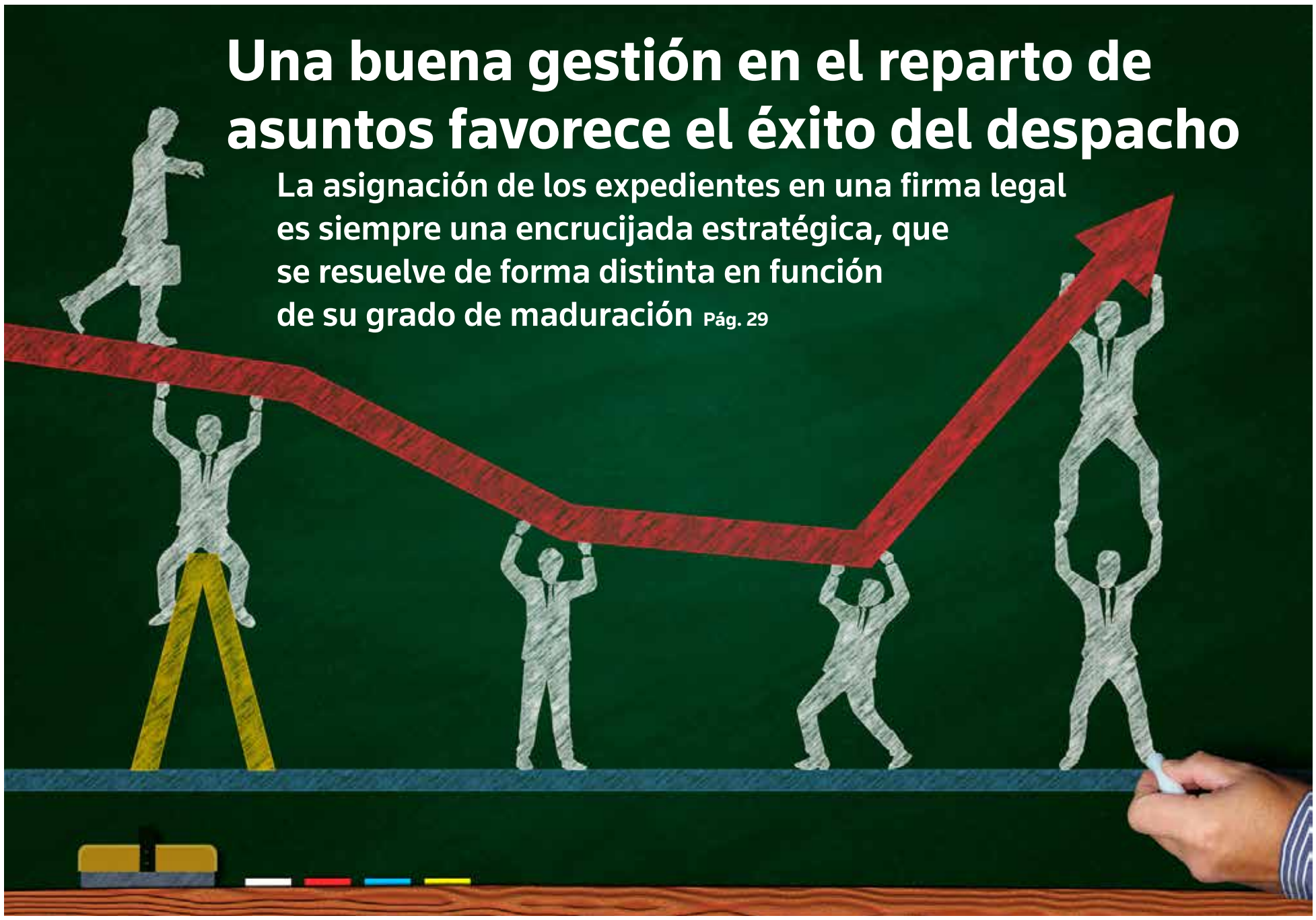
Análisis
Regulación laboral 4.0
Pág. 8

Jueves, 22 de junio de 2017, año XXVI, número 931

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

Una buena gestión en el reparto de asuntos favorece el éxito del despacho

La asignación de los expedientes en una firma legal es siempre una encrucijada estratégica, que se resuelve de forma distinta en función de su grado de maduración Pág. 29



Hacienda cuestiona la efectividad práctica de la sentencia contra la amnistía fiscal Pág. 20

THOMSON REUTERS

Javier Moscoso del Prado

Medalla al Mérito en el Trabajo

Pág. 18

ENTREVISTA

Sara Bento San Román

Responsable de Gestión de Conocimiento en Pérez-Llorca

Pág. 32

SUMARIO

OPINIÓN 2
HA SIDO ACTUALIDAD JURÍDICA 4
ANÁLISIS 6
THOMSON REUTERS..... 18
INFORMACIÓN 20
OBRA TOP 23
CRÓNICA LEGISLATIVA 24
CRÓNICA DE TRIBUNALES 26
NUEVAS TECNOLOGÍAS 28
GESTIÓN DEL DESPACHO 29
TELARAÑA 30

OPINIÓN

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Intereses de demora en la devolución de tributos

El Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación, en el que van a resolverse, por fin, algunas cuestiones debatidas que surgen a propósito de la devolución de ingresos de dudosa naturaleza y del devengo de intereses de demora, por el retraso en el pago de intereses de demora liquidados por la Administración tributaria.

El asunto de fondo que origina el pleito en que se dictó la sentencia impugnada es agua pasada, pero no está de más recordarlo, en cuanto condiciona la solución de un problema procedimental que es importante que jurisprudencialmente se aclare. Se trataba de la discriminación que padecían las instituciones de inversión colectiva de la Unión Europea que operaban en España sin mediación de establecimiento permanente. La Administración no devolvía a estas entidades las retenciones liberatorias del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y de este modo soportaban un impuesto del 15% ó 18% sobre los dividendos percibidos en España, a diferencia de las entidades residentes gravadas con el tipo especial del Impuesto sobre Sociedades del 1%. El carácter discriminatorio de este tratamiento fue declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reiterado por nuestro Tribunal Supremo y finalmente corregido con carácter general por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, que añadió dos nuevas letras k) y l) al artículo 14.1 del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Las cuestiones que ahora interesan y que proporcionan interés casacional al recurso, según el Auto de la Sala de Admisión de 17/05/2017 (ponencia del Magistrado Manuel Vicente Garzón Herrero) son de carácter accesorio, pero de extraordinaria relevancia práctica. De un lado, la determinación del procedimiento que ha de seguirse para obtener la devolución del exceso de retenciones sobre el impuesto máximo que definitivamente se puede exigir a las entidades europeas de inversión colectiva (1%) para que no resulten discriminadas. Por otra parte, el problema de si la Administración tributaria debe o no satisfacer intereses por el retraso en el pago de los intereses que ha de reconocer a las entidades extranjeras a las que se practicaron retenciones excesivas.

Datos de la Abogacía del Estado

De la importancia práctica de la sentencia que dicte la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hablan los datos aportados por la Abogacía del Estado. Se encuentran en trámite 18.838 expedientes similares ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y ante los Tribunales Económico-Administrativos, con un alcance económico total de 1.053,7 millones de euros.

> Se encuentran en trámite 18.838 expedientes, con un alcance económico total de 1.053,7 millones de euros

Sería temerario por mi parte avanzar una respuesta a estas preguntas en el breve espacio de este comentario, habida cuenta de que el propio Tribunal Supremo reconoce que son temas complejos y que pronto va a pronunciarse sobre ellos. Sólo pretendo dar noticia de la litispendencia y de los términos en que está planteado el debate.

La determinación del procedimiento a seguir para obtener la devolución de las retenciones excesivas no es una simple cuestión adjetiva porque las normas que se aplican para determinar el tiempo durante el cual se devengan los intereses (y, por tanto, su importe) son diferentes según que se trate de devoluciones de ingresos indebidos o devoluciones ordinarias derivadas de la aplicación de las normas del tributo. En el primer caso la Administración tributaria está obligada a pagar intereses desde el mismo momento en que se efectuó el ingreso de las cantidades que debe devolver; en el segundo los intereses se devengan una vez transcurrido el plazo fijado en las normas reguladoras de cada tributo que será como máximo de seis meses, a tenor de lo establecido por el artículo 31.2 LGT. A primera vista se diría que no estamos ante ingresos indebidos, dado que la retención practicada se ajustó a lo previsto por la ley y no es discriminatoria en contra de las entidades no residentes, dado que todos los dividendos pagados por sociedades españolas están sometidos a retención cualquiera que sea el perceptor. Pero en contra se alega que Tribunal Supremo, en *obiter dictum* de la sentencia de 18 de septiembre de 2012, ha considerado que el ingreso que se produce en aplicación de una norma que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha estimado contraria al Derecho Comunitario ha de reputarse indebido.

La segunda cuestión sobre la que el Tribunal Supremo ha de pronunciarse es la de la admisibilidad o no del anatocismo en Derecho tributario. Como es sabido, en nuestro Derecho es regla general que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados (artículo 1109 del Código Civil), de donde resultaría que no cabe exigirlos sobre los que se devenguen por la retención excesiva mientras estos no se hayan liquidado. En cualquier caso, el asunto es dudoso por la concurrencia de pronunciamientos del Alto Tribunal no suficientemente homogéneos.

LA CARA Y LA CRUZ

¿Es el consumidor el sujeto pasivo del Impuesto de Transmisiones en una hipoteca?

Manuel Cuevas
Abogado de Amat & Vidal-Quadras

Tras el impacto mediático que han causado las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, en las que se declaraban nulas las famosas *cláusulas suelo* con la que los bancos imponían un interés mínimo a pagar al consumidor, independientemente de la cotización del índice al que esté referenciado el préstamo hipotecario, ahora la sentencia del Tribunal Supremo número 705/2015, de 23 de diciembre de la Sala de lo Civil, declara abusivas, y por tanto nulas, las cláusulas que obligan a que sean de cuenta exclusiva del consumidor (la parte prestataria) el pago de los tributos así como los costes derivados de la formalización del préstamo hipotecario como consecuencia de la intervención notarial y registral.

Según la decisión tercera de la Sala, en lo que respecta a la cuota gradual del concepto de Documentos Notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, mantiene que la entidad prestamista (el banco) no queda al margen de los tributos que se pudieran devengar con motivo de la operación mercantil, sino que, debe ser éste el sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que a través de la citada cláusula, carga indebidamente sobre el consumidor.

Pero, ¿Es correcta dicha decisión? ¿Es el banco quien debe hacerse cargo del pago de los tributos de la constitución de la hipoteca o, por el contrario, debe ser el consumidor? En mi humilde opinión, no.

La sentencia hace mención a lo establecido en el artículo 29 de la Ley del Impuesto (RDL 1/1993, de 24 de septiembre) que considera como «*sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*», interpretando que es el prestamista (banco), el principal interesado de que el préstamo hipotecario se constituya en escritura pública y se inscriba en el registro correspondiente, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial, por tanto, debe ser este el sujeto pasivo del Impuesto.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el argumento de la Sala es correcto, esta ignora por completo lo explícitamente establecido en el segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento del Impuesto (RD 828/1995, de 29 de mayo), que atribuye al consumidor (prestatario) la condición de contribuyente del Impuesto cuando se trate de escrituras de constitución de préstamos con garantía, como son los préstamos hipotecarios.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por numerosa jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, así como por dos autos del Pleno del Tribunal Constitucional, donde declara que el sujeto obligado del Impuesto es el deudor hipotecario, es decir, el consumidor. En concreto, el Alto Tribunal considera que cuando en el artículo 29 anteriormente citado se hace mención al «derecho» se refiere al préstamo que se refleja en el documento notarial (aunque esté garantizado con hipoteca y sea necesaria su inscripción en el Registro de la propiedad como elemento constitutivo del derecho de garantía), no admitiendo discusión alguna el hecho de que sea considerado como sujeto pasivo al prestatario. Por ello no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia el consumidor, ni, por ende, puede considerarse abusiva la cláusula debatida.

Por último, añadir que las propias manifestaciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo señalan que, la jurisdicción competente para determinar quién es el sujeto pasivo de un determinado impuesto, no es la jurisdicción civil, sino la contenciosa administrativa.

Por todo lo anteriormente expuesto e independientemente de que el Alto Tribunal considere nula la cláusula impuesta por el banco en el préstamo hipotecario, es el consumidor (prestatario) quien, por Ley, está obligado al pago de la cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de Documentos Notariales.

Juan Rodríguez-Loras Dealbert
Socio Departamento Fiscal
Rousaud Costas Durán

A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil), se ha reabierto la cuestión de quién debe abonar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) que se devengue a raíz de la concesión, por un banco a un particular, de un préstamo con garantía hipotecaria.

Esta sentencia dispuso, sin una sólida argumentación, que «*la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante*».

La polémica surge por la existencia de dos normas que regulan quién es el sujeto pasivo del AJD. En concreto, el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que «*el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*». Este precepto se complementa con el Reglamento que regula este Impuesto que, en su artículo 68, establece que «*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*».

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo referida únicamente cita el artículo 29 del Texto Refundido, no el 68 del Reglamento. Alguna Doctrina, que compartimos, entiende que el artículo 68 del Reglamento supone una extralimitación a lo dispuesto en el artículo 29 del Texto Refundido porque, en los supuestos de préstamos hipotecarios, no existe adquisición por parte del prestatario, sino el otorgamiento de una garantía en «interés» y a favor del Banco.

> La polémica surge por la existencia de dos normas que regulan quién es el sujeto pasivo del AJD

En primera Instancia, algunos Juzgados están condenando a los bancos a devolver el AJD, pero algunas sentencias de Audiencias Provinciales deniegan al cliente del Banco la devolución porque, entre otras razones, «*se está ante una única sentencia... insuficiente para generar jurisprudencia*», pues no es doctrina reiterada. Además, argumentan que la Sala de lo Civil del Supremo que dictó la sentencia de 23 de diciembre de 2015, no es la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que es la competente para determinar quién es el sujeto pasivo de un impuesto.

Además de ello, debe recordarse que el propio Tribunal Supremo, esta vez en Sala de lo Contencioso-Administrativo, señaló en sentencia de 20 de enero de 2004 que es el cliente, y no el banco, quien debe soportar el pago del AJD de un préstamo hipotecario dado que existe una «*unidad del hecho imponible*» lo que supone que «*no hay dificultad alguna para concretar cuál es el sujeto pasivo... el prestatario*».

Por todo ello, la respuesta a la pregunta de quién debe pagar el AJD de un préstamo hipotecario, no puede ser otra que la siguiente: depende del juzgado o tribunal que estudie su reclamación, lo cual, en un Estado de Derecho, es descorazonador.

Director: Javier Moscoso del Prado. **Director adjunto:** Carlos Balanza Nájera. **Coordinación contenidos:** Juan Iribas Sánchez de Boado e Inés Larrayoz Sola. **Redacción y diseño:** Thomson Reuters. **Publicidad:** Diana Serón. **Imprime:** Rodona Industria Gráfica S.L. Editorial Aranzadi S.A.U., Camino de Galar, 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.

POR TUS MANOS PASAN LAS DECISIONES MÁS IMPORTANTES DE TU EMPRESA.

ARANZADI FUSIÓN
LÍDER EN TECNOLOGÍA JURÍDICA

GARANTIZA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ÁREA LEGAL DE TU EMPRESA

Anticipación al riesgo
Trazabilidad
Mayor rentabilidad
Homogeneización de procesos
Seguridad jurídica

MÁS INFORMACIÓN EN
T. 902 40 40 47
www.thomsonreuters.es
masinfo@thomsonreuters.com

the answer company™
THOMSON REUTERS®

HA SIDO ACTUALIDAD JURÍDICA

ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La Abogacía materializa su rechazo a los juzgados únicos para cláusulas suelo

La Abogacía Española materializó el pasado 1 de junio su decisión de recurrir el acuerdo del Poder Judicial sobre los juzgados únicos para cláusulas suelo. Lo hizo en la reunión de los 83 colegios de abogados celebrada en Granada, en la que la profesión mostró su rechazo unánime al plan del CGPJ, al entender que infringe el ordenamiento jurídico y comportará graves problemas sociales. El acuerdo suscrito determinó la interposición de un recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del órgano rector de los jueces, que atribuye a determinados juzgados la competencia exclusiva en materia de cláusulas suelo.

El principal argumento de rechazo es que esta medida «agrava el problema que trata de solucionar», puesto que «muchos de los juzgados designados carecen de capacidad para absorber las demandas que se concentren como consecuencia de este acuerdo, con lo cual los ciudadanos no podrán resolver sus conflictos en un tiempo razonable». Como alternativa a dicho plan, el CGAE reclama que se mantenga la competencia residenciada en los juzgados de partido judicial, sin perjuicio de las medidas de especialización y refuerzo en las demarcaciones en que fueran convenientes y, en todo caso, con la consiguiente dotación presupuestaria.

En referencia a la tramitación del plan, los abogados critican que la medida se haya adoptado, «incomprensiblemente», sin la necesaria dotación de medios ni presupuesto por parte del Estado y las CCAA con competencias transferidas, «lo que provocará graves disfunciones». Además de «colapsar los juzgados designados, se desaprovecha la potencialidad de juzgados de partido con capacidad para asumir estos asuntos». El acuerdo suscrito por los 83 colegios cuenta con el respaldo de otros similares de carácter autonómico. Así, el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados también recurrirá el acuerdo del CGPJ, al entender que la creación de órganos judiciales especializados debe tener un carácter excepcional y obedecer a sólidos fundamentos fácticos y jurídicos. En parecidos términos, el Consell de l'Advocacia Catalana ha presentado un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo, pidiendo la suspensión cautelar del acuerdo del CGPJ. Argumenta que este plan puede perjudicar los intereses de los afectados, ya que «dificulta el acceso a la justicia del ciudadano, que deberá desplazarse y destinar unos recursos económicos y de tiempo para defender sus derechos ante los tribunales».

MERCANTIL

Las empresas extintas pueden ser demandadas si tienen deudas pendientes

Una compañía disuelta y liquidada mantiene su personalidad jurídica y puede ser parte en un proceso de liquidación si tiene deudas pendientes. Así lo ha determinado el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que recientemente ha resuelto un recurso de casación dimanante de un procedimiento en el que se planteaba si la sociedad de capital disuelta y liquidada, una vez cancelados los asientos registrales, tiene o no capacidad para ser parte en el proceso. El fallo conlleva poner fin a las discrepancias fruto de pronunciamientos contradictorios entre las sentencias 979/2011 de 27 de diciembre y la 220/2013 de 20 de marzo, que reconocen la capacidad para ser parte por entender que pervive su personalidad jurídica, y por la sentencia 503/2012 de 25 de julio, que considera que la cancelación de los asientos registrales señala el momento de la extinción de la personalidad social, por lo que no cabe demandar a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre.

En su sentencia 324/2017, de la que ha sido ponente Ignacio Sancho Gargallo, el Alto Tribunal mantiene que, a pesar de que la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva la pérdida de de su personalidad jurídica en cuanto que no puede operar en el mercado, la sociedad conserva esta personalidad respecto a las reclamaciones pendientes basadas en deudas que deberían haber formado parte de las operaciones. La resolución añade que, a los meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes de liquidación. En el supuesto de hecho objeto del pleito, la liquidadora de la empresa demandada alegó que no tenía que hacer frente a una obligación de abonar una indemnización de 48.822 euros, ya que la compañía estaba extinta desde el año 2009, motivo por el que carecía de personalidad jurídica y por tanto no podía formar parte de un proceso judicial.

PROCURA

No corresponde al procurador solicitar una prórroga ante la caducidad de la anotación preventiva de embargo

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo establece en una reciente sentencia el alcance de la responsabilidad civil del procurador, respecto a la caducidad de la anotación preventiva de embargo, para que este no se produzca. El Alto Tribunal ha desestimado los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la mercantil demandante, contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que desestimó su recurso de apelación y confirmó íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La sentencia de primera instancia, desestimó la demanda interpuesta contra el procurador y la entidad aseguradora, absolvió a los demandados de las pretensiones frente a ellos deducidas, e impuso las costas del pleito al demandante. A su vez, la Audiencia ratifica la sentencia del juzgado, desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante mercantil y llega a las siguientes conclusiones: no existe unanimidad en las decisiones de las Audiencias Provinciales acerca del alcance de las obligaciones del procurador, pero la posición mayoritaria es la que mantiene su falta de responsabilidad por estos hechos; la obligación del procurador de instar por sí la prórroga de la anotación del embargo trabado, es función que excede claramente de sus deberes, conforme al artículo 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; esta decisión es de carácter técnico jurídico y corresponde al letrado, que debe conocer los plazos y los periodos temporales en que se despliegan; esta decisión entraña un coste económico que obliga a que sea adoptada por el abogado y su cliente.

La Sala determina en su sentencia, que no es competencia del procurador poner en conocimiento del abogado la proximidad del vencimiento del plazo de caducidad de la anotación preventiva de embargo, ni solicitar la prórroga para evitar dicha caducidad. Según el Pleno, esa anticipación de contenido jurídico-económico, es competencia del letrado ya que consiste en una actuación dirigida a asegurar la eficacia de la medida cautelar, para garantizar el buen fin del procedimiento. La Sala indica que la inactividad del procurador en este caso no supone incumplimiento contractual por parte de este al no infringir su deber de diligencia profesional. Se confirma así el rechazo de la demanda en reclamación de daños y perjuicios presentada por una empresa contra un procurador por negligencia profesional ante la caducidad de una anotación preventiva de embargo.

Al desestimar el recurso de casación, la sala declara que en supuestos semejantes ya se ha pronunciado en alguna ocasión que el obligado a instar la prórroga de la anotación preventiva de embargo es el abogado, y dicha prórroga no puede considerarse como mero acto de impulso procesal, al tratarse de una actuación encaminada a asegurar la eficacia de medida cautelar para garantizar el buen fin del procedimiento (sentencia 628/2011, de 27 de noviembre).

La sala entiende que la sentencia recurrida no solo no se opone a la jurisprudencia de esta sala, sino que la conoce y asume. La obligación de los procuradores es representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por ley. No entra dentro de las competencias del procurador el cumplimiento de obligaciones como la que se suscita en el presente caso de solicitud de prórroga para evitar la caducidad de la anotación preventiva de embargo, pues no se ajusta a lo que dispone el artículo 26 de la LEC.

La sala concluye que la inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. Esta actuación de contenido jurídico-económico, que es ajena a la capacidad de decisión del procurador, es una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que este comienza conforme a la notificación recibida o el acto por el realizado, pero no le corresponde un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios, como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente, sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entenderlo de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la ley».

MINISTERIO DE JUSTICIA

Catalá anuncia nuevas reformas para limitar las tasas a las jurisdicciones Civil y Contenciosa

El ministro de Justicia, Rafael Catalá Polo, ha anunciado que en próximas fechas se llevarán a cabo nuevas reformas relativas a las polémicas tasas judiciales. Según anunció en el acto de clausura de las *VII Jornadas de Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados* celebradas en Granada, las citadas reformas tendrán por objeto limitar las tasas únicamente a las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, circunscribir los sujetos pasivos del gravamen a las personas jurídicas, particularmente entidades mercantiles con cierto nivel de facturación, y prescindir de la cuota variable, estableciendo cuotas fijas en función de la cuantía del procedimiento, con un mínimo exento.

En el citado acto el titular de Justicia transmitió un agradecimiento especial a la Abogacía, por su «colaboración y diálogo en la consecución de un pacto de Estado para la reforma de la Justicia». Vinculó dicha colaboración con la decisión de que finalmente el turno de oficio quede exentó del IVA vía modificación de la Ley de Asistencia Gratuita. Así, resaltó «la importancia del grupo de trabajo constituido entre el Ministerio y la Abogacía para impulsar la eficacia en la gestión de este servicio, acortando los plazos de tramitación de las subvenciones».

En materia de transformación digital, Catalá anunció que el Ministerio ya ha procedido a la automatización del reparto a través de las aplicaciones LexNet y Minerva, de modo que todas las demandas se remitan de forma automática al juzgado que haya sido designado por el Consejo General del Poder Judicial. De esta forma, «se podrá agilizar el proceso y al mismo tiempo, disponer de una información estadística que permita llevar un seguimiento constante». En este sentido, Rafael Catalá adelantó que el próximo mes de septiembre se realizará una valoración coordinada por parte de todas las administraciones y se asegurará que los ciudadanos tengan la mejor y más rápida respuesta posible en la defensa de sus intereses.

ABOGACÍA

La Justicia considera acreditado que se vulneró el honor de un letrado de la Junta de Castilla y León

El derecho a la tutela judicial efectiva mediante la interposición de querellas o denuncias ante la jurisdicción penal no solo no es absoluto, sino que en ocasiones puede dar origen a que el querellante acabe siendo condenado por atentar contra el honor del querellado. En esta situación se ha visto inmerso un ciudadano de Castilla y León, que acusó a un letrado de dicha Comunidad Autónoma de la comisión de un delito de falsedad en documento público en el ejercicio de sus funciones como funcionario ante la jurisdicción contencioso-administrativa en un procedimiento relacionado con la escolarización de un menor.

Así lo considera probado la Sala Primera del Tribunal Supremo en una reciente sentencia, en la que ha resuelto el recurso de casación formulado en un procedimiento de protección del derecho al honor, instado por el Letrado de una Comunidad Autónoma. El abogado resultó querellado por un presunto delito de falsedad relacionado con el ejercicio de su cargo, en una causa penal que finalizó mediante auto de sobreseimiento libre por inexistencia de delito alguno. Con carácter previo, tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial de Segovia, habían declarado la vulneración del derecho al honor causada por la querella dirigida contra el ahora demandante.

En cuanto a la doctrina relativa al alcance de la tutela judicial efectiva, la Sala recuerda su propia jurisprudencia en la materia. Afirma en este sentido que «una cosa es que la denuncia no implique por sí misma un ataque al honor, al servir tan solo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional penal la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva de quien se sienta perjudicado en sus intereses, y otra distinta que sirva como instrumento para procurar el descrédito de una persona a la que se imputa un inexistente delito de falsedad en documento público mediante una querella que el demandado mantuvo durante tres años y de la que se intentó servir para impedir la ejecución provisional de la sentencia del proceso contencioso-administrativo». Añade por último que esta imputación «hace desmerecer al querellado y ahora demandante en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio, tanto personal como profesional, con consecuencias indudablemente graves, no solo en el ámbito de la administración para la que trabaja, sino para la propia Administración de Justicia».

CGPJ

Aprobados los criterios para que los jueces con menor carga de trabajo apoyen a quienes tengan acumulación de asuntos

Los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia ya conocen los criterios técnicos que deberán tener en cuenta para valorar la necesidad de la adscripción obligatoria de los magistrados titulares de determinados órganos judiciales con escasa carga de trabajo, entre ellos algunos Juzgados de Menores. Los citados criterios han sido aprobados por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. Con carácter general, instan a los presidentes de los TSJ a utilizar la posibilidad de proponer como medida de apoyo a aquel juzgado o tribunal que padeciera un excepcional retraso o en el que existiera acumulación de asuntos la adscripción obligatoria, en régimen de comisión de servicio sin relevación de funciones, retribuida o no, de aquellos jueces y magistrados titulares de órganos que tuviesen escasa carga de trabajo. La Comisión Permanente ha reducido de 67 a 61 el número de Juzgados de Menores en los que podría darse esta circunstancia.

Destacamos los aspectos más importantes de los criterios aprobados:

En primer lugar, se configuran como una medida de apoyo por parte de los órganos con menor carga de trabajo hacia los que padezcan un excepcional retraso o una acumulación de asuntos. En todo caso, se articula a través de una comisión de servicio sin relevación de funciones. Además, puede ser retribuida si la carga total que asume el comisionado, sumada la del órgano del que es titular y la que va a asumir en el órgano que va a reforzar, supera el mínimo que determine la Comisión Permanente, y no retribuida, si no lo supera. La adscripción obligatoria es una posibilidad, pero no una medida imperativa, sino una medida más, a valorar por los presidentes antes de hacer sus propuestas. Generalmente, un órgano con menor carga estadística puede resultar más apto para ser objeto de una propuesta de adscripción obligatoria que otro más cargado, todo ello de acuerdo con los sistemas de medición de cargas disponibles en cada momento. Por último, antes de adoptar esta medida de adscripción obligatoria, el presidente del TSJ habrá de valorar cuantos elementos y requisitos legales lo condicionen.

REGISTRO CIVIL

El 30 de junio desaparece la preferencia por el apellido paterno

A partir del próximo 30 de junio entrará en vigor la reforma del registro Civil que elimina la preferencia por el apellido del padre en los supuestos en los que no existía consenso entre los progenitores. La posibilidad de optar en primer lugar por el apellido materno ya existe en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2000.

Sin embargo, estaba condicionada a que los progenitores enviaran al juez encargado del Registro Civil una solicitud y una declaración de mutuo acuerdo sobre el cambio en el orden de los apellidos. En el supuesto de que no existiera consenso, se daba preferencia por defecto al apellido paterno. Ahora, con la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor en unos días, desaparecerá la preferencia por defecto al apellido paterno en los que casos en los que no hubiera consenso. Con la reforma, los padres deberán hacer constar de manera expresa el orden de los apellidos en la solicitud de inscripción en el Registro Civil. Si no lo hacen en el plazo de tres días desde el nacimiento, será el encargado del Registro Civil quien deba establecer el orden, para lo que se guiará como único criterio por el interés superior del menor, pero no poniendo por defecto el del padre.

En cuanto a la carga de trabajo que la reforma va a conllevar, fuentes del Registro Civil aseguran que no será importante, ya que prevén que en la inmensa mayoría de los casos no existirá discrepancia entre los progenitores a la hora de elegir el orden de los apellidos. Recomiendan no obstante que los padres se pongan de acuerdo en el plazo establecido antes de que la decisión la tome una tercera persona. La Ley también permite otras posibilidades, como el uso como apellido compuesto de los apellidos de ambos padres, así como el cambio de apellido cuando este sea contrario al decoro u ocasione graves inconvenientes. En todo caso, la persona puede decidir cambiar sus apellidos una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que también en este caso puede originar que haya hermanos con los apellidos en distinto orden.

SISTEMA DE PREVISIÓN PROFESIONAL

El ratio de solvencia de la Mutualidad de la Abogacía se sitúa en el 225%

La Mutualidad de la Abogacía Española arroja un ratio de solvencia del 225%, lo que supone más del doble del valor requerido por la Dirección General de Seguros. Así se hace constar en el Informe sobre la Situación Financiera y de Solvencia, mediante el que el organismo de previsión profesional da cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por la reciente normativa de Solvencia II. Según el citado informe, a cierre de 2016 la Mutualidad presenta una suficiencia de activos sobre pasivos (fondos propios) de 1.548 millones de euros, con los que deberá hacer frente a unos requisitos de capital (SCR) (G) de 688 millones. Estos requisitos de capital se valoran en función del riesgo asumido, resultando el riesgo de mercado el más relevante en términos cuantitativos para la Mutualidad, pues este supone el 67% del capital de solvencia obligatorio (G) básico antes de la diversificación entre ellos. De la relación entre estas dos magnitudes (FFPP(G) y SCR(G)), la Mutualidad obtiene un Ratio de Solvencia (G) del 225%, o lo que es lo mismo, unos fondos propios más de dos veces superiores a los exigidos por el supervisor.

Por otra parte, las principales magnitudes del ejercicio 2016 de la Mutualidad reflejan un crecimiento del número de mutualistas hasta alcanzar los 194.588 a 31 de diciembre, así como en las aportaciones que han alcanzado los 598,4 millones de euros, y unos rendimientos de las inversiones, netos de gastos financieros, de 329,1 millones de euros, con los que se consigue reportar a los mutualistas del Plan Universal un 5,06%. La interacción de estas magnitudes y otras partidas de ingresos y gastos en la cuenta de pérdidas y ganancias, reflejan un resultado del ejercicio de 30.359.678,47€ después de impuestos.

Según recuerdan fuentes de la Mutualidad, la nueva regulación de Solvencia II, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, ha supuesto un cambio estructural significativo para el sector asegurador, obligando a las entidades a llevar a cabo un importante proceso de adaptación a los nuevos requerimientos recogidos en los denominados tres pilares en los que se estructura la mencionada Directiva de Solvencia II, y sobre los que la Mutualidad viene trabajando y gestionando los últimos años.

ANÁLISIS

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

Aprender de la experiencia: el empleo público en el horizonte inmediato

Ser austero es utilizar únicamente los recursos necesarios pero no prescindir de los que resultan imprescindibles

Es realmente fácil señalar que la gestión de la crisis económica en el ámbito de la gestión del personal de la función pública ha estado presidida por la demagogia y las soluciones fáciles. Una de estas medidas ha sido precisamente, la de considerar que el nivel de gasto podría frenarse vía oferta de empleo público. La verdad es que esta tentación puede considerarse recurrente, ya que han sido muchos los años en los que se ha apuntado a la austeridad y se ha indicado que una forma de cumplir con dicho principio es, precisamente, la reducción de la oferta.

Ser austero es utilizar únicamente los recursos necesarios pero no prescindir de los que, finalmente, resultan imprescindibles para el ejercicio de una determinada función.

La solución ha sido muy sencilla: lo que se negaba al empleo estable se conseguía en el empleo inestable. Esto ha llenado la función pública de empleo inestable que, seamos sinceros, fue durante mucho tiempo más barato que el de carrera (por las diferencias retributivas especialmente en materia de trienios) pero que, hoy, tras la publicación del EBEP y las STJUE en materia de igualación de las condiciones de trabajo de los que tienen la condición de no estables, ha propiciado una igualación del coste que, adicionalmente, se ha disparado por los costes procesales que ha conllevado, en muchos casos, la igualación de dichas situaciones.

El resultado es muy sencillo: muchos sectores de las Administraciones Públicas están repletos de personal en condiciones de eventualidad en sus más diversas y, a veces, desconocidas fórmulas. Su integración en el sistema no es tal y, como consecuencia, los concursos, la provisión, la carrera, la profesionalización han dejado paso Aprender de la experiencia: el empleo público en el horizonte inmediato a la cobertura como se ha podido de las necesidades públicas.

Virtualidad del empleo eventual

El proceso de igualación retributiva ha conducido a que el Gobierno considere innecesario, en este escenario, mantener la virtualidad del empleo eventual y ha ofrecido la conversión, según diferentes fuentes, de entre 200.000 a 400.000 empleados no fijos en fijos, tras la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos.

Más allá de que un sector de la opinión pública haya considerado como una barbaridad, en términos de gasto, la consolidación del gasto podemos indicar que la operación es, en dichos términos, prácticamente neutra. Ya estaban en el empleo público y ya cobraban prácticamente en la misma forma y cuantía que los funcionarios de carrera que podrían haber ocupado estos puestos de trabajo. El debate sobre el número de empleados, es un debate que debe hacer con mayor rigor que su mero número y, desde luego, cuando se produzcan cómputos deberían incluirse el conjunto de las personas que cobran del presupuesto público y no hacer las comparaciones por categorías laborales que, ciertamente, producen engaño respecto del objetivo último perseguido. Mientras tanto se plantean ahora problemas no menores, que van desde qué se va a hacer con aquellos *precarios* que no consigan superar las pruebas selectivas (experiencia de esto ya tenemos), cómo recuperar las expectativas profesionales en materia de carrera de colectivos cuya estabilidad en la inestabilidad ha sido más que notoria, cómo reordenar la provisión de puestos de forma que los funcionarios preexistentes no resulte preteridos en sus derechos.

En fin, más allá de la estabilidad, el daño de la utilización de personal precario en puestos estructurales, es un daño que afecta al conjunto del sistema y que produce una percepción errónea del empleo público y de las necesidades del personal. Lo que ahora se ha puesto de manifiesto al declarar que la operación de consolidación es, prácticamente neutra en términos presupuestarios, es que el efecto ahorro era poco más que una ilusión óptica o, por ser más sutiles, una forma de presentar el problema sin contar la verdad en su totalidad. Estas consideraciones dejan al margen, por supuesto, al propio empleado público precario que realmente ha sido sometido a la contradicción de prestar sus servicios en la inestabilidad, de una organización pensada en clave de estabilidad. Su profesionalidad y su *aguante* ha sido proporcional a la intensidad de la crisis y tan insostenible como mantenerlo una vez apuntada la recuperación económica.

La segunda lección la proporciona el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales. La tasa de reposición llega al 100% en la Administración educativa, servicios de salud, Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, Fuerzas Armadas, Administraciones Públicas respecto del control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, subvenciones públicos, seguridad social y control de la asignación eficiente de los recursos públicos, investigador doctor en los Cuerpos y Escalas de los OPIS, plazas de catedráticos, titulares de universidad y contratados doctores, supervisión e inspección de los mercados de valores y de los que en ellos intervienen. Administración penitenciaria N) Consejo de Seguridad Nuclear en relación con las plazas de funcionario de la Escala Superior del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica que realizan funciones de dirección, estudio y evaluación, inspección y control de las instalaciones radiactivas y nucleares, acción exterior, asistencia directa a los servicios sociales, gestión de prestaciones y políticas activas de empleo, seguridad y emergencia o en el personal que realiza prestaciones directa de transporte público o los servicios de atención a los ciudadanos.

No todo es prescindible

De esta determinación podemos extraer una conclusión: no todo es prescindible y cuando se produce una baja no es porque el funcionario sobre, sino porque se jubila. Pero no está probado que se *jubile* su función, ni que el puesto de trabajo haya devenido innecesario. Las necesidades persisten y cuando no se proveen producen efectos de diversa índole: a) nos llevan a la precarización del empleo: b) deterioran las condiciones de prestación del servicio público; c) ponen en riesgo la actividad pública.

Hoy, con una visión analítica razonable podríamos decir que el daño de la no reposición para muchos servicios públicos y para muchos puestos de funcionarios es evidente y que su efecto sobre el servicio público es, igualmente, evidente y claramente perceptible en términos de accesibilidad, calidad y prestación de muchas actividades públicas. La experiencia nos indica que no todo es prescindible y que por tanto, es la reflexión estratégica la que debe determinar la aplicación de una medida como la propuesta. La Ley de Presupuestos Generales establece una reposición igual al de número de bajas en algunos sectores del empleo público. Esto es parte de la estrategia de una organización que es lo que se reclama.

El empleo público ha sido uno de los grandes olvidados de los últimos años. La ciencia económica lo identifico con gasto y de ahí a considerar que el gasto es superfluo ha habido solo un paso. Lejos de esto, cabe indicar que las Administraciones Públicas prestan aún un conjunto de servicios (sanidad, servicios sociales, educación. defensa, seguridad, justicia, etc...) que percibimos como parte o como manifestación de un Estado prestacional del que no necesariamente hemos decidido prescindir.

El eterno debate del número de los funcionarios es un debate que no puede hacerse sin plantearse simultáneamente el de los servicios y sin que, realmente, exista una política de gestión de personal y de lo publico. Es paradigmático que el EBEP se publica en 2007 y que, hoy, diez años después, no se ha haya completado ni derogado o sustituido su regulación. Parece como si la gestión del empleo público no precisará de normas ni de instrumentos ni de planificación. El error es tan evidente como ahora se percibe y se hace tremendo cuando la solución – precarización del empleo– se analiza con perspectiva y se llega a la conclusión, en este caso por los Tribunales Comunitarios, de que es un fraude y que encubre una situación de estructuralidad que no puede desfigurarse así. El castillo de naipes se cae con el soplo del viento y, ahora, hay que explicar que la conversión no cuesta dinero porque ya se les pagaba, que sus derechos son iguales porque lo dicen los tribunales, que los reproches desde todos los ámbitos sociales son evidente y, por tanto, que hay que empezar de nuevo. La pregunta es: ¿habremos aprendido algo?

CONOCE SU PERSPECTIVA DOCTRINAL Y PRÁCTICA

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARTE GENERAL (DUO)

Proporciona las pautas necesarias para hacer frente a los cuestiones que se pueden plantear a quien ha de resolver problemas prácticos concretos.

Ofrece materiales doctrinales, jurisprudenciales exhaustivos válidos tanto para la solución de casos prácticos, como para la investigación científica.

4ª edición
AUTOR/ES: Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales
MARCA: Aranzadi. ISBN: 978-84-9152-514-1
PVP DÚO C/IVA: 145,00 € · PVP PROVIEW C/IVA: 67,50 €

INFÓRMATE EN:
masinfo@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es/es/tienda.html

DÚO

JUANA MARÍA PARDO

Asociada Senior del Departamento de Derecho Procesal de Garrigues

GARRIGUES

El elemento de la causalidad en la responsabilidad concursal

Desde dicha reforma ya no hay duda de que la naturaleza de la acción es resarcitoria del daño y tiene una función indemnizatoria

La seguridad jurídica que debe existir en la materia nos obliga a establecer esos criterios claros

La tradicionalmente controvertida cuestión acerca de la naturaleza y presupuestos de la acción de responsabilidad concursal (RC) no obedece a meros pruritos de corrección dogmática, sino de seguridad jurídica, ya que tiene importantes consecuencias prácticas, por lo que resulta imprescindible conocer por qué criterios el juez del concurso puede condenar, o no, a alguno o todos los administradores de una sociedad en concurso a pagar todo o parte del déficit concursal y, en su caso, a qué criterios se va a atender para repartir la condena.

La reforma concursal operada por el Real Decreto– ley 4/2014 concluyó el debate en torno a la naturaleza de la RC, al incluir una mención final al párrafo primero del art. 172 bis de la Ley Concursal (LC) conforme al cual el administrador únicamente responderá del déficit «*en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*». Desde dicha reforma ya no hay duda de que la naturaleza de la acción es resarcitoria del daño y tiene una función indemnizatoria.

El Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, clarificó el alcance y aplicación de dicha importante reforma concursal. Sin embargo, a día de hoy aún no existe la suficiente claridad, a mi juicio, sobre uno de los presupuestos de la RC: el elemento de la causalidad que la actual redacción del precepto exige para que recaiga una condena por RC.

Criterios de imputabilidad

Desde la reforma concursal operada por la Ley 38/2011, el artículo 172 bis LC exige al juez del concurso que acuda a criterios de imputabilidad que no se preveían con la anterior redacción, si bien conforme a aquélla redacción se atribuía potestad al juez para condenar en función de la participación de cada sujeto en los hechos determinantes de la calificación culpable del concurso. Sin embargo, con la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014 a la que se ha hecho referencia anteriormente, la actual redacción del artículo 172 bis LC ya no hace referencia a la causalidad con la conducta que hubiere motivado la calificación culpable del concurso, sino al hecho de haber generado o agravado la insolvencia, ámbito éste de responsabilidad mucho más específico y limitado que aquél. Ello tiene como consecuencia, que, en la práctica, concursos en liquidación calificados de culpables, no conlleven responsabilidad a cubrir el déficit concursal al amparo del artículo 172 bis LC, si no es posible establecer, y probar, la relación de causalidad entre la conducta dolosa o gravemente negligente del administrador cuya actuación dio lugar a la calificación culpable del concurso y la generación o agravación de la insolvencia. Esto ocurre, por ejemplo, en muchos de los supuestos de presunción *iuris et de iure* de culpabilidad previstos en el artículo 164.2 LC que son precisamente los supuestos más graves de actuación dolosa de los administradores (i.e. irregularidades contables relevantes, alzamientos de bienes, supuestos de incumplimiento imputable del convenio, etc.), en los que la actuación del administrador se aleja significativamente del grado de diligencia que le es exigible y que ha podido causar un enorme daño a la sociedad, por mucho que dicha actuación no se pueda conectar directamente con la insolvencia de ésta. En estos casos, los acreedores, como parte en la calificación, podrán solicitar la declaración de culpabilidad y ésta podrá ser acordada judicialmente, e incluso podrá declararse la inhabilitación del administrador para administrar bienes ajenos, la pérdida de sus derechos, la condena a devolver bienes, o incluso la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados ex art. 172.1.3º LC; pero no se condenará al administrador a cubrir el déficit concursal si no concurre el último de los requisitos introducido por el legislador en el artículo 172 bis LC: que la actuación tenga incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, lo que, a mi juicio, deja ventanas abiertas a la inseguridad jurídica al no existir criterios claros sobre cómo debe interpretarse dicho requisito ni muchos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Sentencias más recientes

Entre las resoluciones más recientes cabe destacar las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (por retraso en la solicitud de concurso) o la de 1 de diciembre de 2016 (por irregularidades contables relevantes), en las que sí recayó una condena por RC. Sin embargo, en otros casos como los resueltos por el mismo Alto Tribunal en sus sentencias de 9 de junio de 2016 (también por irregularidades contables y además incumplimiento del deber de colaborar con el juez); de 22 de abril de 2016 (por retraso en la solicitud y salida fraudulenta de bienes); o de 3 de noviembre de 2016 (por falta de aportación de documentos con la solicitud), no hubo condenas por RC.

La seguridad jurídica que debe existir en la materia nos obliga a establecer esos criterios claros, que determinen en cada caso si la actuación del administrador que determinó la calificación culpable del concurso incide en la insolvencia y en qué medida, ya que en esa proporción deberá responder el administrador por el déficit patrimonial.

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA

Abogado y Presidente de Zarraluqui Abogados De Familia

ZARRALUQUI Abogados de Familia

La vigencia de leyes inconstitucionales

El plazo obligado para interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 33. LOTC) es de tres meses a partir de la publicación de la Ley

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede actuar de oficio, sino que tiene tasada su intervención

La Constitución marca los límites de la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Tanto en el orden positivo como en el negativo. Como dispone su art. 9.1, la Constitución «*garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*». Cualquier disposición legal emanada de un órgano legislativo que se oponga al texto Constitucional podrá ser declarada inconstitucional, pero para ello es preciso que el Tribunal Constitucional así lo declare expresamente, bien en un recurso o bien en una cuestión de constitucionalidad o en su caso en un recurso de amparo.

Proceso ante el Tribunal Constitucional

Para estas resoluciones constitucionales precisan, pues, la tramitación de un proceso ante el Tribunal Constitucional con una resolución final que declare que la norma revisada infringe la Constitución. Esta declaración debe comprender igualmente, por imperativo del artículo 39 CE, la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia, para lo cual el Tribunal Constitucional podrá fundarse en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Es cierto que la amplitud del fundamento de la inconstitucionalidad permite declararla sin restricción de los motivos a los alegados en el recurso o la cuestión, pero no convierte a éstos en un vigilante de la legalidad constitucional, porque en ningún caso el Tribunal Constitucional puede actuar de oficio, sino que tiene tasada su intervención a través de la exigencia de una legitimación activa exigente y limitada.

Con respecto al recurso de inconstitucionalidad, de acuerdo con el art. 32.1 LOTC, cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, tratados internacionales y reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales, la legitimación está restringida al Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados o 50 Senadores, mientras que los recursos contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, también están legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, los arts. 35 CE y 163. LOTC, legitiman para su interposición exclusivamente a los jueces y tribunales que consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteando dicha cuestión de oficio o a instancia de parte.

El plazo obligado para interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 33. LOTC) es de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, aunque el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas pueden interponerlo en el de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso. Lo cual representa que vencidos los plazos antes mencionados, ha prescrito el término para declararse la inconstitucionalidad y sólo cabe la posibilidad de ser anulados los preceptos impugnados como resultado de una cuestión planteada por el órgano judicial (art. 35 2 CE), una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional, que procediese (art. 39 CE).

Nulidad de los preceptos impugnados

La declaración de inconstitucionalidad fundada en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso, y sólo ella (art. 39 CC) determina la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

Como consecuencia de lo expuesto puede ocurrir, como de hecho sucede en la Comunidad Valenciana, que respecto a las parejas de hecho se ha dictado una Ley reguladora de las mismas –Ley 1/2001 de 6 de abril– y su Reglamento, aprobado por Decreto 61/2002, y posteriormente la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho, que derogó la anterior, sin pasar el filtro constitucional. Hay que tener en cuenta que en el preámbulo de la citada Ley 1/2001 se hace constar que se trata de una «extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial» y «de la referida extensión de la legislación civil», con lo que queda claro que se trata de una ley «civil», ámbito en el que esta Comunidad carece de competencia legislativa.

Como consecuencia de la interposición por el Presidente del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad núm. 4522-2013, esta Ley fue parcialmente declarada inconstitucional por sentencia 110/2016, de 9 de junio de 2016 del Pleno del Tribunal Constitucional, considerando este alto Tribunal que la Comunidad Valenciana carece de competencia para juzgar en materia civil.

Sin embargo, como quiera que contra la primera Ley de Valencia en esta misma materia – uniones de hecho – no se formuló recurso o cuestión de constitucionalidad alguna, la Ley 1/2001 no fue objeto de examen o análisis en cuanto a su adecuación a la Constitución, ha formado parte de legalmente de nuestro ordenamiento jurídico, desde su entrada en vigor, el 12 de abril de 2001 hasta su derogación por la Ley 5/2012, pese a reconocer el Tribunal competente la ausencia de competencia de Valencia para legislar civilmente en esta materia.

JOSÉ LUIS LORENTE HOWELL

Socio de Bird & Bird

La transposición de MiFID II al ordenamiento jurídico español

El próximo 3 de enero de 2018 entrará en vigor el nuevo marco normativo sobre mercados e instrumentos financieros, que se compone de la Directiva 2014/65/UE («MiFID II») y del Reglamento 600/2014 («MiFIR»). Lo cierto es que pesar del retraso en más de un año en la entrada en vigor de la norma - inicialmente estaba previsto para enero de 2017- aún falta concreción sobre muchos aspectos relacionados con su implementación y ajuste en el ordenamiento jurídico español.

El Tesoro inició formalmente la transposición de la normativa en los pasados meses de marzo y abril de 2017, y para ello, sometió MiFID II a consulta pública recabando las opiniones de la industria, con el objetivo de proceder con el desarrollo de la norma que España deberá haber traspuesto antes del próximo 3 de julio de 2017 y que, como se ha mencionado, entrará finalmente en vigor el 3 de enero de 2018. A pesar de los pasos dados, todavía son muchas las dudas sobre cómo se adaptará finalmente la norma.

Entre las cuestiones más controvertidas que aún quedan por resolver, se encuentran algunas de gran importancia como la forma jurídica que deben adoptar las Empresas de Servicios de Inversión, en concreto las Empresas de Asesoramiento Financiero («EAFIs»), la obligación de grabación de conversaciones relacionadas con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes, la posibilidad de proporcionar información a los clientes mediante el establecimiento de uno o varios modelos estandarizados o el tratamiento de las retrocesiones.

Objetivo de esta modificación

En materia de retrocesiones, la Directiva MiFID II restringe la aceptación o retención de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios –referidos habitualmente como retrocesiones- abonados o proporcionados por un tercero a las empresas de servicios de inversión, cuando presten sus servicios a sus clientes. El objetivo de esta modificación es evitar la generación de conflictos de intereses entre las empresas de servicios de inversión y sus clientes, principio que ya estaba presente en MIFID y que ahora se desarrolla.

Para el caso de asesoramiento independiente y de gestión discrecional, MiFID II prohíbe totalmente las *comisiones implícitas* con excepción de la recepción de beneficios no monetarios menores. Para el caso de asesores que se declaren no independientes, se permite el cobro de retrocesiones si éstas se justifican claramente por una «*mejora de la calidad del servicio pertinente prestado al cliente*».

El problema surge de la indeterminación del concepto anterior y que la Directiva Delegada 2017/593UE, al tratar de aclarar cuándo *se eleva* dicha calidad utiliza términos indefinidos, que siguen sin aportar suficiente claridad al respecto. En este sentido, el artículo 11 de esta norma considera que la calidad del servicio *se eleva* cuando:

1) Hay una prestación de un servicio adicional o de nivel superior proporcional al nivel de los incentivos recibidos.
2) No beneficia a la empresa receptora, sus accionistas o empleados sin un beneficio tangible para el cliente en cuestión.
3) Hay una provisión de un beneficio continuo al cliente en relación con el incentivo.

> El Tesoro inició la transposición de la normativa en los pasados meses de marzo y abril de 2017

> Es importante destacar el corto plazo del que dispondrán las entidades para adaptarse a la normativa

MiFID II permite a los Estados miembros un abanico de posibilidades a la hora de realizar su trasposición a los ordenamientos jurídicos internos. Posibilidades que van desde una extensión de la prohibición de los incentivos a otros servicios de inversión, hasta la determinación de supuestos adicionales de aumento de calidad del servicio en los que también se podrían permitir el cobro de retrocesiones. Por tanto, debemos concluir que en España sigue abierto el debate en torno a las retrocesiones, a la espera de conocer cómo se define en la trasposición a la regulación nacional esa *mejora* de la calidad.

En materia de grabaciones de las conversaciones relacionadas con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes, se plantea en España si sería necesario ampliar esta obligación a otros servicios relacionados.

Por otro lado, el pasado 27 de abril de 2017, la CNMV publicó la *Guía Técnica para la evaluación de los conocimientos y competencias del personal que informa y asesora* (*Guía Técnica de la CNMV*), una guía que contiene los requerimientos mínimos en materia de conocimientos y de competencia por parte del personal que trabaja en las empresas de servicios de inversión.

Un desafío importante

Esta guía dio respuesta a algunas de las inquietudes que intrigaban a los profesionales del sector, como quién dará la formación y qué plazo tendrán para adecuar sus conocimientos a MiFID II. En relación con la primera cuestión, la CNMV ha sido muy laxa, permitiendo que los empleados de servicios financieros puedan acudir a formación externa o recibirla por las propias entidades, siempre que cumplan con los requisitos que establece la *Guía Técnica de la CNMV*. En este último caso, la CNMV realizará un *plus de supervisión*. Respecto a la segunda cuestión, la CNMV estableció que se dispondrá de un plazo de hasta cuatro años una vez entre en vigor MiFID II; es decir, hasta enero de 2022. Sin embargo, durante esos cuatro años tanto los informadores como los asesores que no tengan acreditados esos conocimientos, podrán seguir trabajando como tal siempre que cuenten con un supervisor que sí los tenga.

En todo caso, es importante destacar el corto plazo del que dispondrán las entidades para adaptarse a la normativa una vez ésta haya sido transpuesta a nuestro ordenamiento. Las entidades se enfrentarán a un desafío importante para implementar todos los requisitos técnicos exigidos por la norma, especialmente a nivel tecnológico, debido al desarrollo que debe llevarse a cabo para reportar toda la información solicitada por los reguladores con la nueva normativa y para otorgar un servicio adaptado a las necesidades de cada cliente.

FERNANDO BAZÁN

Socio responsable de Laboral de Deloitte Legal

Regulación Laboral 4.0

Poco avance real se ha producido en la flexibilización de la normativa para adaptarla a las nuevas realidades

> Necesitamos lograr un doble objetivo: que nuestras empresas sean competitivas y que se respeten los derechos de los trabajadores

Si hace veinte años, cuando empecé mi carrera profesional en el mundo del derecho laboral, me hubieran dicho que cuando tuviera cuarenta y tantos, la implantación de *robotics* iba a suponer que las tareas administrativas de cinco trabajadores las podría hacer un solo robot, o que a través de técnicas de *analytics y big data*, se iba a predecir con gran rigor el resultado de un eventual pleito, no me lo hubiera creído.

Si me hubieran dicho hace veinte años, que en mis cuarenta y tantos se estarían desarrollando iniciativas de recreación de la escena del crimen a través de *realidad virtual*, o que se estaría pensando en implantar una mini cámara (*GoPro*) en las armas de los policías, para grabar sus actuaciones frente a los delincuentes, tampoco me lo hubiera creído.

Si me hubieran asegurado que la búsqueda de jurisprudencia se iba a realizar a través de un *software* y no con el trabajo de un abogado junior o que el análisis de los contratos en una *due dilligence* lo iba a realizar una herramienta informática, hubiese pensado que mi interlocutor había enloquecido. Más loco me parecería, si hubiese afirmado que un objeto iba a ser capaz de *pensar,* qué tarea tiene que realizar mediante su conexión a internet, (*Internet of Things – IoT–*), o que existiría un método para registrar datos que llevara a la realización de transacciones automáticas sin intermediarios (*blockchain*).

Si además, me hubiesen contado hace veinte años, que cuando tuviera cuarenta y tantos, los jóvenes que estuvieran al inicio de su carrera profesional (*millenials, generación Y o Z*, etc), iban a tener como prioridades la flexibilidad en el trabajo, la conciliación de la vida laboral y personal, y otra serie de valores personales, tampoco lo hubiese creído. Que el interés de un abogado junior no iba a ser llegar a socio en un gran despacho, sino tener un propósito en su prestación de servicios. E incluso que en ciertos sectores y tipología de empresas, iba a existir una enorme dificultad en contratar a trabajadores por cuenta ajena porque el interés de las nuevas generaciones sería trabajar como *freelance* y por proyectos, posiblemente hubiera llegado a descalificar a mi interlocutor. Ni qué decir tiene, que si me hubiesen hablado de un concepto como el de *economía colaborativa* y su radical efecto en el mundo laboral, la conversación se hubiese acabado al instante.

Pues bien, tengo cuarenta y tantos, y todo lo que mi imaginario compañero me dijo hace veinte años, ahora es una realidad.

Flexibilización de la normativa

Sin embargo, pese a que el futuro (y presente) de las relaciones laborales es radicalmente distinto a lo que era hace veinte años, la normativa laboral sigue siendo esencialmente la misma. Poco avance real se ha producido en la flexibilización de la normativa para adaptarla a las nuevas realidades, es más, si se produjo un intento de ampliación de la flexibilidad con la reforma laboral del 2012, la realidad es que los pronunciamientos judiciales, han frenado toda evolución.

Pongamos como ejemplo la sentencia de la Audiencia Nacional, relativa al control de jornada que han provocado una inseguridad jurídica extrema (a la que desgraciadamente ya estamos acostumbrados en la jurisdicción laboral). Parece contrario a la realidad actual que, interpretando el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al necesario control de las horas extraordinarias (cuya redacción, por cierto, es de hace más de veinte años), se pueda entender que la intención del legislador, era obligar a un registro exhaustivo y diario de la totalidad de los trabajadores de la plantilla.

Regulación laboral no adaptada a la realidad actual

Bien es cierto que el Tribunal Supremo ha corregido tal interpretación y ha frenado las sin duda precipitadas ansias de actuación de la Inspección de Trabajo (que no esperó siquiera a la firmeza de la sentencia para emitir la instrucción 3/2006), pero de la sentencia de la Audiencia Nacional, subyace que no tenemos una regulación laboral adaptada a la realidad actual.

Es justo indicar que tanto la Audiencia Nacional como la Inspección de Trabajo, parecían perseguir un noble fin, como es intentar evitar los abusos de los empresarios incumplidores que exigen jornadas eternas a sus trabajadores sin retribuir las horas extraordinarias. Pero no es menos cierto que exigir un control de jornada a todas las empresas, podría haber supuesto un freno al desarrollo de los nuevos modelos laborales presentes en la realidad actual.

Pues bien, sirva lo anterior como ejemplo de nuestra deficiente regulación laboral y de la necesidad de hacer un profundo proceso de reflexión sobre qué nos depara el futuro y la necesidad de estar preparados y adaptados a las nuevas realidades laborales. Necesitamos lograr un doble objetivo: por un lado, que nuestras empresas sean competitivas, y por otro, que se respeten los derechos de los trabajadores (incluyendo *nuevos* derechos como el *derecho a la desconexión*).

Acordemos pues, la REGULACION LABORAL 4.0

PEDRO MÉNDEZ DE VIGO

Abogado en Cuatrecasas

La iniciativa normativa de la Comisión Europea, a debate

El TJUE aboga por no equiparar los diálogos tripartitos a la fase del procedimiento ordinario en la que el Consejo actúa

Por primera vez, el TJUE se arroga la facultad de decidir si los actos de las Instituciones son políticamente justificables

Vivimos en tiempos de cambio y una de las cuestiones que más cambios está experimentando a día de hoy, es el principio de equilibrio institucional entre las Instituciones de la Unión Europea. El caso C-409/2013 catapultó este tema a la actualidad jurídica y desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia el 14 de abril de 2015, ha seguido siendo un tema de enorme controversia. En este caso, se le planteó por primera vez al TJUE la posibilidad de la Comisión Europea (CE), de retirar sus propuestas legislativas, cuando el Parlamento Europeo (PE) y el Consejo han alcanzado un acuerdo sobre el texto a aprobar en los diálogos tripartitos. Así, se decidieron dos cuestiones clave para el futuro de la Unión Europea (UE): el principio de equilibrio institucional, y el rol del TJUE en caso de conflicto.

El procedimiento ordinario

La mayoría de normas de calado que emanan de la UE son aprobadas a través del procedimiento ordinario, regulado en los artículos 293 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Así, bajo este procedimiento la iniciativa legislativa corresponde casi en exclusiva a la CE. Esta debe presentar sus propuestas legislativas ante el PE y el Consejo, quienes podrán aprobar la propuesta, modificarla o rechazarla.

En primer lugar, será el PE quien decida si aprueba, modifica o rechaza la propuesta. De optar por cualquiera de las dos primeras opciones, será el turno del Consejo para aprobar, modificar o rechazar la propuesta de la CE con las modificaciones introducidas por el PE, en su caso. A partir de este momento, la CE ya no podrá retirar su propuesta, opción con la cual contaba hasta ahora (artículo 193.2 TFUE). De modificar el Consejo la propuesta, esta volverá al PE (segunda vuelta) para su aprobación, modificación o rechazo. El procedimiento consta de hasta tres vueltas. De no aprobarse la norma tras la tercera vuelta, la propuesta decaerá.

La práctica habitual: los diálogos tripartitos

Debido al tiempo que puede llegar a pasar hasta que se aprueba una norma siguiendo el procedimiento ordinario (hasta dos o tres años), las Instituciones idearon un sistema alternativo a la sobra del procedimiento ordinario: los diálogos tripartitos.

Los diálogos tripartitos son reuniones entre la CE, el PE y el Consejo, cuyo fin es llegar a un acuerdo sobre la norma a aprobar antes de que el Consejo actúe en el marco del procedimiento ordinario y, de esta manera, acelerar el procedimiento legislativo. Así, una vez alcanzado un acuerdo, sobre la propuesta legislativa realizada por la CE, el PE modifica esta para introducir los cambios oportunos acordados y el Consejo la aprueba acto seguido.

El caso en cuestión

En este caso, la CE realizó una propuesta legislativa al PE y al Consejo para la regulación del procedimiento para otorgar ayuda macro financiera a terceros estados. La idea principal era crear un marco regulatorio que facilitara la toma rápida y transparente de decisiones a este respecto. En el transcurso de los diálogos tripartitos, el PE y el Consejo llegaron a un acuerdo que, según la CE, modificaba el espíritu de su propuesta. En consecuencia, la CE decidió retirar su propuesta, aunque existiera un acuerdo entre el PE y el Consejo respecto del texto a aprobar.

Ante esta acción, el Consejo impugnó la facultad de la CE de retirar sus propuestas, argumentando que sustancialmente el Consejo ya se había pronunciado sobre ésta y que, por lo tanto, la CE ya no tiene la facultad de retirarla, conforme al artículo 293.2 TFUE y a los principios de equilibrio institucional y cooperación leal (artículo 13 TUE). Además, el Consejo añade que de considerarse que la CE aún dispone de la facultad de retirar sus iniciativas en esta fase, no ha indicado las razones por las cuales la retira.

La sentencia

El TJUE aboga por no equiparar los diálogos tripartitos a la fase del procedimiento ordinario en la que el Consejo actúa, por lo que sentencia a favor de la CE, al considerar que ésta tiene facultad para retirar sus propuestas legislativas en cualquier momento durante los diálogos tripartitos, al realizarse estos en el momento procesal anterior a la actuación del Consejo.

No obstante, el TJUE decide que esta facultad no es absoluta y la CE deberá motivar las razones por las cuales retira su propuesta. Pues bien, el TJUE no se contenta con que la CE motive la retirada de su propuesta, sino que se arroga la facultad, de juzgar si las razones por las cuales motiva la retirada de la propuesta son buenas o no.

Por lo tanto, el TJUE no se limita a constatar si se han cumplido los requisitos formales necesarios en el acto recurrido, sino que entra a valorar las razones políticas por las que se retira la propuesta.

¿Es esto posible?

Por primera vez, el TJUE se arroga la facultad de decidir si los actos de las Instituciones son políticamente justificables. Es este caso, no se está juzgando la legalidad de una norma, donde el TJUE sí podría decidir si el sentido de la misma es contrario a los Tratados de la UE o no, sino si la CE hace un buen uso de sus facultades de iniciativa normativa.

El propio Abogado General Jääskinen subrayaba en sus conclusiones a este caso que «si el Tribunal de Justicia procediera a controlar la conformidad a Derecho de la decisión de retirada de la Comisión, ello supondría no sólo eludir el sistema de vías de recurso establecido por el Tratado, mediante un control de legalidad ex ante de un acto legislativo, sino también realizar un control indirecto de la legalidad de un acto legislativo *in statu nascendi*, aún no adoptado, y, por tanto, sin existencia jurídica».

Conclusión

La sentencia del TJUE del caso C-409/2013 sienta dos precedentes inéditos que podrían modificar el funcionamiento de la UE. Por un lado, al no equiparar los acuerdos entre el PE y el Consejo en el marco de los diálogos tripartitos al momento del procedimiento ordinario en el que el Consejo actúa, implícitamente modifica el equilibrio institucional, al permitirle a la CE a retirar una propuesta en un momento en el que, de haberse sustanciado en el procedimiento ordinario, no se le hubiera permitido.

En segundo lugar, al arrogarse el TJUE la facultad de pronunciarse sobre la pertinencia de los motivos que llevaron a la CE a retirar su propuesta legislativa, existe un riesgo de que este se esté excediendo en las competencias que le atribuyen los Tratados de la UE.

AYMARA SANTAMARÍA

Abogada de Laboral de Pérez-Llorca

La comprobación de antecedentes penales por parte de las empresas

De acuerdo con los últimos estudios realizados, sabemos que entre un 50% y un 80% de los empresarios norteamericanos revisa los antecedentes penales de los aspirantes a un puesto de trabajo. Ello es así porque rechazar a un candidato en atención a sus antecedentes penales resulta una opción totalmente lícita conforme a su sistema legal.

Por el contrario, y a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, las empresas españolas no se mostraban interesadas en obtener ese tipo de información. Sin embargo, desde hace unos años esta tendencia está cambiando y cada día más empresas –principalmente filiales de empresas extranjeras– establecen la posibilidad de comprobar los antecedentes penales de los candidatos como una fase o requisito dentro del proceso de selección. A la vista de lo anterior, la pregunta que nos hacemos es ¿es esta práctica legal en España?

Marco normativo

Conforme a la legislación española, la información relativa a los antecedentes penales es confidencial y su divulgación pública está prohibida. Adicionalmente, existe una prohibición general de discriminar a cualquier trabajador, por cualquier motivo, tanto en el empleo como en el acceso al mismo. Así se prevé específicamente en el artículo 14 de la Constitución Española, el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 73.2 de la Ley General de Penitenciaria.

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se ha pronunciado respecto a la posibilidad de acceder a los antecedentes penales y, en especial, a su publicidad. En este sentido, el mencionado Tribunal ha declarado que, en general, debe prevalecer el derecho a la intimidad frente a la publicidad indefinida e indiscriminada que se pueda dar a los antecedentes.

Por otra parte, el acceso al registro central de penados solo se permite a determinados organismos estatales, a los jueces y tribunales y a la policía judicial cuando exista un requerimiento. Por tanto, ningún empleador podrá obtenerlos a no ser que los trabajadores los aporten voluntariamente previa solicitud.

Prohibición general

La duda que nos planteamos es si los empresarios pueden solicitar esa información en el ámbito laboral y, en caso de una respuesta afirmativa, cómo utilizarla.

Pues bien, nuestros tribunales han entendido que la solicitud y la utilización de esa información resultan contrarias a las disposiciones legales mencionadas anteriormente al entender que estas prácticas suponen una restricción al acceso al mercado laboral. Ello es así porque en la mayoría de los casos, la información suministrada es sobre acontecimientos antiguos que no guardan ningún tipo de relación con el trabajo solicitado por lo que su solicitud es desproporcionada para el fin pretendido.

En consecuencia, para los tribunales españoles, tanto la solicitud de los antecedentes penales en el marco de un proceso de selección como la exclusión de un candidato a partir de la información obtenida de los mismos, suponen actos discriminatorios por parte de la empresa.

Excepciones

Sin perjuicio de lo anterior y como excepción a la prohibición general referida en el apartado anterior, existen determinados sectores donde, por imperativo legal, se establece la posibilidad de solicitar el certificado de antecedentes penales. En esos casos, se entiende que el contar con un certificado negativo es un requisito imprescindible para poder acceder al empleo.

A continuación, resumimos brevemente las principales profesiones donde opera esta excepción:

- Administración Pública, la Policía o el ejército: conforme a la orden del 9 de marzo de 1937 para el desempeño de esos cargos, deberá acreditarse la buena conducta ciudadana mediante un certificado negativo de antecedentes penales al proceso de selección.
- Miembros directivos de entidades financieras: conforme al Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, no podrán haber sido condenados por la comisión de delitos o faltas y, en especial, por la comisión de delitos contra el patrimonio, blanqueo de capitales, contra el orden socioeconómico y contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, entre otros.
- Agentes de seguros, mediadores y otro personal: no podrán ejercer estas funciones aquellos que tengan, entre otros, antecedentes penales por delitos de falsedad, violación de secretos, descubrimiento y revelación de secretos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, malversación de caudales públicos y cualesquiera otros delitos contra la propiedad.
- Profesionales que trabajen con menores de edad: en principio, cualquier profesional que trabaje con menores será requerido para que aporte un certificado de antecedentes penales. Sin embargo, ese certificado estará limitado a la comprobación de delitos de carácter sexual.
- Seguridad privada: aquellos trabajadores que presten sus servicios en el ámbito de la seguridad privada también tendrán que aportar un certificado negativo de antecedentes penales como condición exigible para el desempeño y mantenimiento de su actividad.
- Empleados de casino: los empleados de los casinos, los socios, representantes y/o directivos no podrán contar con antecedentes penales para la prestación de sus servicios.

Cada día más empresas establecen la posibilidad de comprobar los antecedentes penales de los candidatos

La discriminación en materia de empleo, constituye una infracción muy grave sancionable

Conclusión

De todo lo anterior, podemos concluir que en España, a día de hoy, solicitar la aportación de los antecedentes penales y hacer un uso de ellos a la hora de decidir si contratar o no a un posible trabajador, no es ajustado a Derecho dado que, conforme a nuestra legislación, debe primar el derecho a la intimidad y a la reinserción laboral. Por lo tanto, y con carácter general, dichas prácticas no pueden formar parte de los procesos de selección a fin de evitar incurrir en prácticas discriminatorias en el acceso al empleo. En este sentido, cabe recordar que, de acuerdo a la normativa española, la discriminación en materia de empleo constituye una infracción muy grave sancionable con multas de hasta 187.515 euros en su grado máximo.

Únicamente las empresas que estén expresamente amparadas por la ley debido a las características específicas del sector o de la profesión tendrán la posibilidad de comprobar los antecedentes penales de sus trabajadores y hacer uso de ellos para los fines legalmente previstos.

Cuestión zanjada: los seguros de vida, los seguros médicos y el plan de jubilación, sí forman parte de la base reguladora del despido

ANAÏS COBO

Asociada Senior del Departamento Laboral de Baker McKenzie

En los últimos años se han ido suscitando múltiples dudas respecto de los conceptos que deben integrar la base reguladora de la indemnización por despido. Ello se ha debido, en gran medida, al complejo sistema de nóminas y retribución de los empleados que las compañías vienen adoptando en los últimos tiempos y que, en ocasiones, hace difícil discernir entre los conceptos salariales de los que no lo son. En efecto, lejos han quedado ya las nóminas en las que únicamente se incluía el salario base regulado en el convenio colectivo y la mejora voluntaria (y, con suerte, el plus antigüedad igualmente recogido en el convenio). Hoy en día las compañías, ya sea por mantener la competitividad en el mercado o por consciencia social, reconocen cada vez más conceptos retributivos distintos a los empleados.

Carácter salarial o mejora voluntaria

La duda principal que se suele suscitar en relación a estos conceptos es si los mismos tienen carácter salarial o si, por el contrario, deben considerarse como mejoras voluntarias a la Seguridad Social o como indemnizaciones. La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2017, ha venido a zanjar definitivamente la discusión al respecto al establecer, entiende la que suscribe, sin interpretación en contrario posible, que los tres conceptos mencionados son salariales y, en concreto, suponen salario en especie del trabajador debiéndose, por consiguiente, computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

La mencionada sentencia se ampara en la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el año 2013 (de 2 de octubre de 2013), aunque en esta ocasión el Tribunal ha ventilado la cuestión de forma más directa y fundada, sin dejar puerta abierta alguna a una posible interpretación distinta. De acuerdo con el Tribunal, estamos ante una presunción *iuris tantum,* en el sentido de que se debe partir de la base de que todos los conceptos que el trabajador percibe, tienen carácter de salarial y única y exclusivamente no lo tendrán cuando de forma expresa e inequívoca, dichos conceptos correspondan a alguna de las excepciones previstas en el apartado 2º del citado artículo 26 y que son: indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y/o las indemnizaciones por traslado.

Por tanto, partiendo de esta regla general, el Tribunal Supremo dota de naturaleza salarial a los conceptos discutidos. Pero, no sólo eso, sino que el Tribunal va más allá en su exposición al indicar que, en cualquier caso, no podría dotarse de naturaleza distinta a dichos conceptos y entender que se trata de mejoras voluntarias pues, *de facto* las mismas no constituyen tal supuesto. Es decir, el Tribunal establece expresamente que no estamos ante ninguna mejora voluntaria, en el sentido de que no estamos ante ningún importe que complemente una indemnización o prestación de la Seguridad Social, siendo que, en todo caso, únicamente podría discutirse tal posibilidad en relación a las futuras rentas que por la suscripción de dichos seguros se pudieran derivar para el trabajador. Es decir, podría discutirse si los importes que potencialmente se pudieran percibir con motivo del seguro suscritos, son o no mejoras voluntarias, pero no la prima en sí que el trabajador percibe mensualmente en su nómina, que debe ser necesariamente considerada como salario en especie, pues es una contraprestación por los servicios prestados por el trabajador.

Llegados a este punto es importante recordar que, de acuerdo con la normativa de Seguridad Social, únicamente las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas del beneficio contractual (en este caso del seguro suscrito) podrían considerarse como mejoras voluntarias pero no las prima que mensualmente percibe el trabajador en nómina. Por tanto, debe diferenciarse entre la prima mensual que percibe el trabajador, que será salario en especie, y la potencial indemnización que por dichas primas va a percibir en un futuro, que podrá ser considerara como mejora voluntaria, en su caso.

Interpretación analógica

Como es lógico, la presente sentencia y la fundamentación jurídica que en la misma se incluye nos va a servir para de forma analógica decidir si otros conceptos que pueda percibir el trabajador pueden y/o deben ser considerados como salario, o no, y, por ende, si los mismos deben estar incluidos en el salario regulador de la indemnización por despido. En este sentido, uno de los conceptos que no se abordan directamente por la sentencia y que igualmente suscitan dudas es el plan de pensiones. Actualmente existen pronunciamientos judiciales opuestos al respecto, no existiendo una posición unánime entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia. Si bien, entiende la que suscribe que esta discusión quedaría ya zanjada con esta nueva sentencia, debiendo dotarse de naturaleza salarial a las primas por el concepto de plan de pensiones.

El Derecho es un poderoso alarde de imaginación, por tanto, la vinculación con la Literatura es evidente. La Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto desarrolla en el ámbito de la innovación un proyecto formativo, que se encuentra ya en su segunda edición, para fomentar la lectura entre sus estudiantes y que implique, al mismo tiempo, una profundización en la cultura jurídica. La contemplación del Derecho a través de la Literatura contribuye a desplegar la realidad en nuevas perspectivas. La autora destaca el marcado carácter jurídico de la obra en la que se ponen en cuestión valores tan importantes para el Derecho como la justicia, la libertad o la seguridad jurídica.

PAULA PERNAS CASTRILLO

Estudiante de 2º curso de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Deusto en Bilbao

Reseña de la obra de Julian Barnes: 'Arthur & George'

En esta novela, Barnes retrata la vida de Arthur y George. A través de sus experiencias y pensamientos, nos introducimos en la sociedad inglesa del siglo XX, construida en torno a normas y reglas sociales. Barnes se esmera en expresar las sensaciones y reflexiones de los protagonistas y, gracias a ello, contemplamos cómo el propio hombre crea instituciones que imponen maneras concretas de actuar. No solo el derecho regula las relaciones, también las normas sociales y las religiosas establecen pautas a seguir.

La historia se narra desde las perspectivas de los personajes, mostrando las diferencias entre sus vidas. Mientras Arthur es un hombre valiente y optimista, decidido a triunfar, George, por su parte, es trabajador, aunque tiene más dificultades para relacionarse socialmente. La vida de ambos transcurre por separado a lo largo de la novela. No obstante, una injusticia une sus historias.

George es acusado falsamente por matar a varios animales y enviar cartas de amenaza, como consecuencia pasa una temporada en la cárcel. Es entonces cuando Arthur, convertido ya en un célebre escritor y en el creador de Sherlock Holmes, se encuentra con este caso y decide investigarlo para liberar a George de la injusticia a la que le han condenado.

Hemos mencionado previamente la existencia de múltiples normas y convenciones en las que se basaba la sociedad. Sin embargo, se trata de normas superficiales en la mayor parte de los casos, ya que los ciudadanos se limitaban al cumplimiento formal de las mismas, sin adentrarse en su contenido y sentido. En el caso de George, la gente no denuncia la injusticia, sino que asume que es correcta. Solo Arthur se plantea la ejecución de la norma y la posible comisión de un acto injusto, por lo que comienza a investigar para encontrar la verdad.

No es una novela policíaca en la que se haga especial hincapié en los descubrimientos de Arthur. Sencillamente, a través de los ojos de ambos contemplamos una sociedad pasiva que no se cuestiona el fondo de las normas que la limitan. En la novela somos testigos de una importante falta de seguridad jurídica, ya que George es condenado a una pena privativa de libertad sin existir prueba suficiente. Ello implica una gran injusticia: la libertad es el valor que pretende proteger el derecho, la capacidad de cada uno de actuar en sociedad como desee sin impedírselo a otro. Por ello, la obra nos muestra una aplicación del derecho que se contradice a sí mismo.

Para terminar, destacamos que se trata de una sociedad del siglo XX y que, a pesar de no ser tan lejana en el tiempo, ha cambiado la manera de aplicar el derecho, especialmente en los procesos penales. Se han introducido garantías para evitar casos como el de George.

PERE VIDAL

Senior Associate PwC

Diferencias entre el acoso laboral y conductas afines

Las situaciones de acoso laboral (popularmente conocido como *mobbing*) se suelen a enjuiciar en el Orden Social bajo la modalidad procesal de extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, en base al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, que permite a los empleados extinguir su contrato de trabajo, con derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente, por «*cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario*».

En las demandas judiciales por acoso laboral se atribuye habitualmente a la empresa una vulneración de determinados derechos fundamentales, siendo los más habituales los ligados a la dignidad de la persona, (artículo 10 de nuestra Constitución), así como la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución), entre otros.

Asimismo, es habitual dirigir la demanda de extinción, «*tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario*» (de conformidad con la previsión del artículo 177.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), por lo que suelen estar codemandados, además de la empresa, directivos de la misma, superiores jerárquicos o compañeros del trabajador demandante.

Interpretación restrictiva del acoso laboral

Sin embargo, el acoso laboral, también conceptualizado por la doctrina como *psico-terror* laboral, por su gravedad y seriedad, viene siendo objeto de una interpretación restrictiva. Es decir, no puede ser alegado a la ligera.

Así, nos resume la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 11 de febrero de 2011, que «el acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica», al tiempo que una «intencionalidad y sistemática reiteración de la presión» son requisitos necesarios para poder hablar de acoso moral en el trabajo.

De hecho, el propio Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Acoso Laboral, define dicha figura como «violencia psicológica extrema» sobre otra persona en su lugar de trabajo.

Es decir, no toda actitud de tensión o episodios desafortunados en el desarrollo de la actividad laboral pueden merecer el calificativo de acoso. No pudiendo, por tanto, confundirse el acoso con los enfrentamientos, conflictos o malentendidos que puedan sucederse en el seno de la empresa.

Acciones realizadas sobre una base de mucha frecuencia

Ciertamente, para poder hablar de acoso debemos estar ante acciones realizadas sobre una base de mucha frecuencia. Al menos una vez a la semana y durante un tiempo prolongado (más de 6 meses). Esta doctrina la han recogido los Tribunales, pudiendo citar, entre otras, la Sentencia del TSJ de Murcia de 18 de junio de 2012 y la Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de mayo de 2008.

También es habitual que la parte demandante presente informes médicos con cuadros ansioso-depresivos en los que se «refiere» a una posible situación de conflictividad laboral. Pues bien, debemos recordar lo que tienen dicho nuestros Tribunales, sobre la pretendida vinculación automática de una situación (jurídica) de *mobbing*, con una situación (médica) de incapacidad temporal debida a una depresión, ansiedad o similares.

En este sentido, la sentencia del TSJ de Catalunya de 13 de enero de 2012 es tajante cuando nos recuerda que «la situación de incapacidad temporal del trabajador por trastorno depresivo mayor pone en evidencia la realidad de la incapacidad laboral [...] pero no acreditan la existencia del acoso, calificación jurídica que corresponde en exclusiva a la jurisdicción social y no a un facultativo médico». De lo contrario, prosigue la sentencia, «bastaría con afirmar la existencia de acoso moral en el trabajo por parte de la prueba pericial de dicho facultativo médico para declarar la existencia de aquél.»

También traemos a colación la Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de julio de 2011, que nos habla del denominado *mobbing subjetivo*. Esto es, cuando nos encontramos ante una «enfermedad psíquica o una sensibilidad especialmente marcada de un trabajador cuyo entorno objetivamente considerado no es efectivamente hostil».

> No toda actitud de tensión o episodios desafortunados en el desarrollo de la actividad laboral pueden merecer el calificativo de acoso

> El acoso laboral no puede ser alegado a la ligera

Ahora bien, aunque nos encontremos ante hechos no acreedores de la calificación de *mobbing*, también pueden darse ciertos ataques a la dignidad personal y profesional del trabajador que, no pudiendo calificarse de acoso, podrían quedar incardinados en la causa extintiva del artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. A tal efecto, el propio Estatuto, en su artículo 4.2.e) incorpora como derecho básico el «respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad [...]».

En definitiva, que una determinada situación no pueda llegar a ser considerada acoso moral en sentido estricto, no significa que no se haya producido una agresión a la dignidad de la persona trabajadora, constitutivo de causa suficiente para obtener la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Sin perjuicio, claro está, que la solución resolutoria debe operar como *última ratio*.

La regularización de los tratamientos de datos tras el Reglamento General de Protección de Datos: luces, sombras y retos para las empresas

DANIEL LÓPEZ CARBALLO

Socio de ECIJA

Uno de los principales retos ante los que se encuentran los responsables de tratamiento tras la aprobación del RGPD, es el mantenimiento de la información que contuviera datos de carácter personal, así como la regularización en aquellos casos en los que las reglas de juego para dichos responsables varían con la nueva normativa europea.

Y es que, a nadie escapa que la nueva normativa (de aplicación el próximo mes de mayo de 2018) implicará un cambio sustancial, no sólo en el tratamiento de los datos personales por parte de las empresas, sino también en lo relativo a su captación y el conocimiento que sobre los mismos tienen como responsables.

Estos aspectos implican desde un primer momento, nuevas obligaciones que, entre otros aspectos, conllevarán el inventariado de los diferentes tratamientos que se llevan a cabo en el seno de la empresa, y por tanto, las diferentes finalidades con las que son o pueden ser tratados los datos personales. En otras palabras, un mayor conocimiento del ciclo de vida útil de los datos, cuestión que sin duda tiene su impacto en nuevas tendencias como la reutilización de la información, procediendo, en ocasiones a anonimizar, en la medida de los posible, la información generada por una persona concreta e identificable.

Así las cosas, dos de los aspectos desde el punto de vista jurídico – organizativo que pueden tener un mayor impacto en los tratamientos de datos que vienen realizando hasta la fechas, son los relativos al deber de información y el consentimiento.

Evaluar los riesgos asociados

Y es que, al igual que la nueva norma europea reconoce la mayoría de edad de las empresas, que deberán evaluar los riesgos asociados a los diferentes tratamientos adoptando las medidas necesarias para mitigar los riesgos derivados, o comunicar las brechas de seguridad, no sólo a la propia autoridad de control, sino al propio interesado. Sin duda, el lector puede imaginar el impacto que estas medidas pueden tener en la confianza de los propios usuarios en las empresas o el impacto reputacional que pueden causar, casos como los que vamos conociendo cada día.

> La nueva norma europea reconoce la mayoría de edad de las empresas

> Habrá por tanto que avanzar en la interpretación de la nueva norma europea

Al propio ciudadano, se le reconoce una mayor capacidad de decisión y conocimiento sobre sus datos personales, evolucionando el deber de información (tal y como lo definía el artículo 5 de nuestra LOPD), al derecho a la información. Evolucionando de unos clausulados cuasi estandarizados en algunos casos, a una lista de información clara y concisa, que posibilite a las personas decidir sobre su información, incluyendo aspectos tales como: la identidad y los datos de contacto del responsable, fines del tratamiento, intereses legítimos del responsable, destinatarios de los datos personales, el procedimiento de ejercicio de Derechos acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad, el derecho a presentar reclamación ante autoridad de control y los posibles tratamientos posteriores, todo ello en caso de que los datos hayan sido obtenidos directamente del interesado.

Y es en este punto donde los responsables del tratamiento se encuentran con el primer reto. Si bien en el caso de entornos digitales, la citada información se puede mostrar, tal y como propone la propia Agencia Española de Protección de Datos, mediante un sistema de doble capa, esta obligación, trasladada al formato papel, parece más complicada de llevar a cabo. En este sentido, alguna de las opciones que hemos ido conociendo hasta la fecha, como facilitar en el formulario en papel el enlace a una política de tratamiento de datos personales en una web, parecen de dudosa legalidad, toda vez que, presuponer que el usuario que va a otorgar el consentimiento tiene acceso a internet, o la dudosa posibilidad de poder acreditar a que texto legal presto su consentimiento un usuario concreto, inciden de manera flagrante en el tratamiento de los datos y su legitimidad.

Regularización de ficheros

Finalmente, el segundo gran reto al que se enfrentan las empresas, es la regularización de aquellos ficheros o bases de datos que venían tratando hasta la fecha obtenidos en base a fórmulas de consentimiento que posibilitaba, tanto la LOPD actual como otra normativa (e.g. la LSSI). Así las cosas, la legitimación de estos datos personales, que en ocasiones se estaban explotando y tratando durante años, supone, no sólo un reto, teniendo en cuenta las soluciones que se empiezan a conocer, tales como la fundamentación en el interés legítimo por parte del responsable del tratamiento. Concepto, que tal y como hemos podido ver en otras ocasiones han suscitado controversias en relación con la aplicación de la norma.

Habrá por tanto que avanzar en la interpretación de la nueva norma europea, del enfoque que otros países de la Unión están dando en sus proyectos de Ley, y en todo caso a las propias recomendaciones del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y Autoridades de Control nacionales, en espera del proyecto de modificación de nuestra LOPD.

Los futuros y necesarios desarrollos reglamentarios de la Ley General Tributaria

ANTONIO MONTERO DOMÍNGUEZ

Consultor de CMS Albiñana & Suárez de Lezo. Departamento de Derecho Tributario

CMS Law.Tax

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (en adelante LGT), ha sido objeto de sucesivas modificaciones, más bien actualizaciones, desde su entrada en vigor en julio del año 2004.

Las dos últimas fueron materializadas a la través de la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude*, y de la *Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, y de estas normas se derivó la necesidad de realizar adaptaciones reglamentarias en varios ámbitos, adaptaciones que, a fecha de hoy, y por distintas circunstancias, en gran medida ajenas al ámbito puramente técnico, aún están pendientes de ser abordadas.

Estas notas tienen por objetivo mostrar una opinión sobre lo que, a juicio de su autor, son aspectos que precisan del citado desarrollo, no sólo para posibilitar el acompasar la literalidad de la norma reglamentaria a la norma legal, sino, y sobre todo, porque dotará de un mayor grado de seguridad al sistema además de posibilitar, en determinados casos, la aplicación material de algunas de las modificaciones legales en su día introducidas.

Materias a ser desarrolladas

En esa línea destacamos como materias llamadas a ser desarrolladas, por su gran trascendencia, las siguientes:

1.–Parece necesario profundizar en la regulación de las denominadas obligaciones tributarias conexas, contenidas en el artículo 68 de la LGT, por su importancia desde el punto de vista de la *vis expansiva* que es consustancial a la figura (puede afectar a un gran número de figuras impositivas, de titularidad y/o gestión no sólo del Estado, sino de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales) y la incidencia, básica, que la misma tiene en el ámbito de la prescripción del derecho a practicar liquidaciones.

2.–Una de las modificaciones introducidas por la Ley 34/2015 que fue objeto de mayor análisis por parte de los profesionales fue la relativa a los plazos en el procedimiento inspector, que alteró de forma sustantiva la regulación preexistente. Es de general aceptación el principio de que una norma con rango legal, no puede abarcar toda la casuística posible, ni descender a un nivel de detalle propio de norma reglamentaria. Pues bien, la materia referente al plazo para la realización de las actuaciones inspectoras, es un magnífico ejemplo de tal situación, precisando el actual artículo 150 de la LGT de un pormenorizado desarrollo reglamentario, habida cuenta de la casuística que en el mismo se dibuja, muy especialmente en las situaciones de mayor complejidad allí contempladas, como son las comprobaciones en el ámbito de los grupos de entidades y en el supuesto de comprobación de entidades vinculadas.

3.–Sin duda merecerán la atención del redactor reglamentario los aspectos procedimentales relacionados con la estimación indirecta, respecto de la que el nuevo artículo 158 de la LGT introdujo sustantivos cambios que precisan de mayor concreción, habida cuenta del apoyo que dicho método de determinación de la base imponible tiene, *ex novo*, en las técnicas muestrales, por la incidencia que la propia naturaleza del proceso productivo y/o de la actividad económica desarrollada puede tener en la conformación de aquellas, más allá del aspecto estrictamente jurídico-fiscal.

4.–En el campo de las infracciones y sanciones, se hace preciso el desarrollo reglamentario de una modificación que también fue objeto de polémica doctrinal: la posibilidad de incurrir en infracción tributaria en supuestos de regularización mediante la aplicación del conflicto de la aplicación de la norma ex artículo 15 de la LGT. Su nuevo artículo 206 bis prevé la infracción y la sanción correspondiente, pero precisa de un paso previo para que la potestad sancionadora pueda materializarse: la publicidad, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de los dictámenes de la Comisión consultiva que la ley creó para permitir dichas regularizaciones.

5.–En el ámbito del delito contra la Hacienda Pública, es previsible la incorporación reglamentaria del mecanismo que permitirá la cuantificación de la deuda tributaria, en aquellos supuestos en los que existan elementos de la obligación tributaria que se encuentren vinculados al presunto delito y otros que no lo estén. Este aspecto es absolutamente trascedente por la repercusión, que dicha cuantificación tendrá en la determinación de la existencia, o no, del presunto delito.

En estas breves líneas resulta, desde luego, inabarcable acometer una exposición integral de los cambios reglamentarios que son aconsejables y convenientes, cuando no necesarios, y que van mucho más allá de los expuestos. Es previsible que en los próximos meses asistamos al conocimiento público de las correspondientes propuestas normativas. Que así sea.

Parece necesario profundizar en la regulación de las denominadas obligaciones tributarias conexas, contenidas en el artículo 68 de la LGT

Resulta inabarcable acometer una exposición integral de los cambios reglamentarios que son aconsejables y convenientes

La ITSS se retracta de la obligación de registro de la jornada ordinaria

VANESA LEÓN ARGUEDAS

Abogada en Castiella Abogados (Grupo Lexa)

LO LEXA LABORAL ONLINE ABOGACÍA LABORAL PREVENTIVA

Analizamos la nueva Instrucción 1/ 2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que tiene como objetivo adecuar el contenido de la anterior Instrucción 3/2016, en materia de registro de la jornada ordinaria a las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2017 y 20 de abril de 2017.

En la Instrucción 3/2016 la Dirección General de la ITSS señalaba, entre diversas cuestiones, la obligatoriedad de llevar un registro de la jornada ordinaria por parte de los empresarios, en virtud del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, se realizasen horas extraordinarias o no.

La Dirección General de la ITSS entendía que la llevanza del registro era necesaria, esencialmente porque a partir de dicho registro se podía extraer el número de horas extraordinarias efectivamente realizadas por los trabajadores.

No obstante, como bien señala la propia Dirección General de la ITSS en la nueva instrucción, el Tribunal Supremo, en la sentencia 246/2017 de 27 de marzo, entiende que esa obligación de registrar la jornada ordinaria no puede imponerse al empresario ya que no viene así establecido en la legislación laboral. Es decir, los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a las empresas el establecimiento de complicados sistemas de control horario.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha aclarado que la jornada ordinaria se regula en el artículo 34 ET mientras que la obligación de registro se prevé en el artículo 35.5 ET relativo a las horas extraordinarias. También nos recuerda que, para el caso de los contratos a tiempo parcial o determinadas modalidades especiales de contratación como los trabajadores móviles, los de la marina mercante o los ferroviarios, sí se impone al empresario la obligación de la llevanza del registro de la jornada ordinaria en la propia legislación.

Adecuación al Tribunal Supremo

Es por ello que, la Dirección General admite la clara incidencia de estas sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2017 y de 20 de abril de 2017, en el contenido de la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, por lo que considera necesario complementar la misma para adecuar la actuación inspectora al criterio del Tribunal Supremo.

Por tanto, la Instrucción 1/2017, viene a modificar el contenido relativo a la inspección y sanción en materia de registro de jornada ordinaria de la Instrucción 3/2016, por el que se imponían rigurosas obligaciones de registro de jornada ordinaria al empresario (horas de entrada y salida de los empleados, número exacto de horas realizadas, etc.) y establece claramente que las inspecciones no podrán exigir a los empresarios registros de la jornada diaria de trabajo. Es decir, las empresas deben registrar únicamente las horas extraordinarias.

Además, la llevanza del registro de jornada diaria de trabajo, no resulta una obligación exigible a las empresas con carácter general, por lo que la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no es constitutiva, en cuanto tal, de una infracción del orden social.

Además, se señala que el registro de la jornada sigue siendo un posible medio de prueba allí donde esté implantado y, en esos casos, los inspectores de trabajo pueden seguir acudiendo a él al realizar comprobaciones en materia de tiempo de trabajo.

Finalmente, y como es lógico, la ITSS señala que la no obligatoriedad del registro de la jornada diaria de trabajo no exime a las empresas de respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

La ITSS confirma el criterio seguido por el Tribunal Supremo

La omisión del citado registro no puede considerarse en sí misma como infracción social

Vigencia de la Instrucción 3/2016

En definitiva, la Dirección General de la ITSS señala que la Instrucción 3/2016 se mantiene vigente, salvo en lo relativo a la obligación de registro de la jornada diaria de trabajo que, a tenor de las sentencias del Tribunal Supremo, no existe; y, por tanto, la omisión del citado registro no puede considerarse en sí misma como infracción social. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las normas sobre registro de la jornada en trabajadores a tiempo parcial, trabajadores móviles en el transporte por carretera, de la marina mercante o ferroviarios no quedan afectadas por la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que existe obligación de llevanza de los registros para estos trabajadores.

El ejercicio de la acción de daños por infracciones de Derecho de la Competencia

BLANCA MANZANARES

Abogada senior EJASO-ETL

EJASO ESTUDIO JURÍDICO ETL GLOBAL

El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de Mayo, introduce novedades y aclara los aspectos para ejercitar las acciones de daños en la transposición de la Directiva 2014/104/UE por infracciones del derecho de la Competencia

El pasado 27 de mayo se publicó en el BOE el RDL que recoge el texto definitivo que transpone la Directiva 2014/104/UE sobre daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. La norma incorpora normas procesales en la LEC y de carácter sustantivo en la LDC al objeto de facilitar éstas acciones, pero, ¿en qué consisten exactamente?

En cuanto a las principales novedades que este RDL introduce, destaca la reforma de la LEC, al añadir una nueva Sección 1.ª bis titulada «Del Acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia».

De esta forma, se contempla la posibilidad de solicitar –*ex ante* o junto a la demanda– la exhibición de pruebas relevantes (piezas específicas o categorías de prueba) del demandado o de un tercero, requiriendo únicamente la solicitud de la proporcionalidad y motivación razonada suficientes para justificar la viabilidad de las acciones, si bien con ciertos límites al uso de la prueba obtenida por esta vía, y respondiendo el solicitante de los gastos y de los daños y perjuicios que el acceso a la información pudiera ocasionar.

Esta previsión incluso abarca a la exhibición de documentos confidenciales, adoptando las medidas necesarias para su protección y las necesarias consecuencias para el caso de infracción de los deberes de confidencialidad.

Asimismo, se traslada de manera idéntica la previsión de la Directiva en cuanto a la imposibilidad de acceder a documentación o material de carácter reservado o secreto, como es el caso de las declaraciones de clemencia.

Incluso se contempla la posibilidad de que el tribunal emplee los medios necesarios para la ejecución de la orden de exhibición, incluyendo la entrada y registro de lugares, estableciéndose consecuencias a la obstrucción a la práctica de las medidas de exhibición, moduladas por el principio de proporcionalidad.

Resulta destacable la eliminación del componente secreto de la definición de cartel

En cuanto a la prescripción, se establece un plazo de cinco años para el ejercicio de las acciones por daños

A cargo del solicitante...

En buena lógica, se contempla que los gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba serán a cargo del solicitante, quien responderá también de los daños y perjuicios que pudiera causar la utilización indebida de aquéllas, para lo cual puede solicitarse que éste preste caución; sin embargo se establece como salvaguarda en *pro* de facilitar este acceso a la prueba, que no podrá exigirse una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección.

De esta forma se regulan reglas específicas sobre obtención de pruebas en poder ajeno (Discovery), incluyendo la redacción del nuevo artículo 283 bis a) de la LEC ahora un catálogo de instrumentos, que distan sustancialmente del tipo de información que, hasta la fecha, podía requerirse al demandado e incluso a terceros, siendo aplicables estas reglas especiales únicamente a las acciones por daños concurrenciales.

Por otro lado, se modifica la LDC, plasmando entre otros aspectos, el derecho al pleno resarcimiento de los daños causados por estas conductas, que comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, además del pago de los intereses.

Conforme al RDL, cualquier afectado situado en distintos niveles de la cadena de suministro podrá ejercitar estas acciones, regulándose los elementos que el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta para evitar que las acciones de demandantes en otros niveles de la cadena den lugar a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor.

Se establece la vinculación de los Tribunales a las resoluciones firmes de las autoridades de competencia, presumiéndose la existencia de una infracción del Derecho de la competencia salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de poder alegar y probar hechos nuevos no conocidos en el procedimiento originario.

Doctrina Del 'Passing-On'

A estos efectos, se recoge la posibilidad de que el demandado invoque en su defensa la doctrina del *passing-on*, recayendo sobre éste la carga de acreditar que el demandante habría repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción *antitrust*.

Corresponderá al demandante probar la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización si esta dependiera de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro, pudiendo esta exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros.

Conforme al RDL, se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que: a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.

Resulta destacable además, la eliminación del componente secreto de la definición de cartel, que hasta el momento se venía exigiendo para declarar su existencia.

En cuanto al régimen de responsabilidad de las sociedades matrices, se establece que estas responderán salvo que no determinen el comportamiento económico de la empresa controlada. Además se recoge que la responsabilidad será solidaria entre los participantes de la infracción, con reglas especiales para las Pymes, quienes no responderán en según los casos.

Respecto al ámbito de aplicación territorial de las modificaciones introducidas por los artículos tercero y cuarto, se establece que serán de aplicación a los casos en que el ejercicio de las acciones de daños corresponda realizarlo en territorio español, con independencia de que la infracción del Derecho de la competencia hubiera sido declarada por la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional españoles o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

En cuanto al plazo de prescripción, se establece un plazo de cinco años para el ejercicio de las acciones por daños, regulándose cuándo comienza el cómputo del plazo, y los supuestos de interrupción del mismo.

No obstante, la Disposición transitoria primera establece que dicho plazo de 5 años no se aplicará con efecto retroactivo, siendo aplicable exclusivamente a los ilícitos que sean confirmados con posterioridad a la entrada en vigor de este RDL, y prescribiendo por tanto las acciones de responsabilidad extracontractual por ilícitos firmes con anterioridad a la entrada en vigor de este RDL en el plazo de 1 año, tal y como establece el art. 1968.2 del Código Civil.

FÓRMATE CON LOS MEJORES ESPECIALISTAS

CURSO SUPERIOR DE EXPERTO EN
DERECHO DE SOCIEDADES (200 h.)

Combina la óptica de magistrados referentes en el mundo mercantil y la de abogados economistas de primer nivel, con amplia experiencia en el asesoramiento intra societario, ofreciendo soluciones a los diferentes problemas que se plantean en esta materia.

VENTAJAS: Vídeos y contenidos multimedia. Anexo documental que incluye la legislación y jurisprudencia necesarias. Documentación en formato ProView imprimible. **Servicio de tutorías** durante la duración del curso. **Bonificable** por la Fundación Tripartita.

the answer company
THOMSON REUTERS®

La obligación de registro de jornada en las empresas españolas, ¿hacia un cambio legislativo?

JESÚS MERINO

Abogado, Jones Day Madrid

En los meses de marzo y abril de 2017, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto (en sus Sentencias 246/2017 y 338/2017) que, como regla general, no existe obligación legal para las empresas de llevar a cabo un registro diario de la jornada de sus trabajadores. La relevancia de estos pronunciamientos es palpable, pues provoca cambios en el criterio que tanto los tribunales españoles (en especial, la Audiencia Nacional) como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social («ITSS») venían sosteniendo en los últimos años.

El Tribunal Supremo considera que el registro de jornada diaria deberá llevarse a cabo única y exclusivamente cuando los trabajadores realicen horas extraordinarias. Y apoya esta decisión sobre una argumentación eminentemente sistemática. En concreto, declara que la obligación de registro de jornada diaria se establece en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la rúbrica de la regulación de horas extraordinarias. Sin embargo alega el Tribunal Supremo que, de haber pretendido el legislador la institución del registro de jornada diaria como mandato general (no solo para el caso de que se realicen horas extraordinarias), habría acudido a su regulación dentro de las disposiciones que atañen a la jornada ordinaria de los trabajadores, como así sucede con el trabajo desarrollado a tiempo parcial. Por último, añade que la ausencia de tal registro ni siquiera está recogida como conducta punible en la normativa de infracciones y sanciones del orden social por lo que no cabe una interpretación extensiva de dicho régimen sancionador.

Debate jurídico erróneo

Es importante señalar que la primera de las sentencias del Tribunal Supremo referida contiene tres Votos Particulares discrepantes del criterio mayoritario de la Sala. Destaca el segundo de ellos, al considerar que el debate jurídico fue planteado erróneamente, pues debió ser abordado desde una óptica más amplia y no centrándose solamente en el análisis de las disposiciones relativas al régimen legal de horas extraordinarias. En este sentido, afirma que la obligación de registro de jornada diaria no puede apoyarse en la normativa de horas extraordinarias (donde efectivamente solo se exige el registro de jornada en caso de realizarse horas extraordinarias) sino en aquellas disposiciones vinculadas a las obligaciones del empresario en materia de Prevención de Riesgos Laborales, remuneración proporcionada y control efectivo de la jornada ordinaria. Según este voto particular, dichas materias son fundamento suficiente como para obligar a las empresas a llevar un registro diario de jornada. Esta postura es relevante pues podría servir de base para pronunciamientos futuros del Tribunal Supremo.

> El TS considera que el registro de jornada diaria deberá llevarse a cabo única y exclusivamente cuando los trabajadores realicen horas extraordinarias

> El criterio de estas sentencias ha influido notablemente en el de la ITSS

Nueva Instrucción de la ITSS

El criterio de estas sentencias ha influido notablemente en el de la ITSS, que en su Instrucción 3/2016 puso de relieve la obligación de registro de jornada diaria para todas las empresas con independencia de que se realizaran o no horas extraordinarias en ellas. No obstante, el 18 de mayo de 2017, la ITSS emitió una nueva Instrucción que, matizando la de 2016, se alineaba con las conclusiones del Tribunal Supremo. Concretamente, la Instrucción 1/2017 establece que el contenido de la Instrucción 3/2016 se mantiene plenamente vigente a excepción de la obligación empresarial de registro de jornada diaria, cuya omisión entiende que no puede considerarse como una conducta sancionable a raíz del criterio último del Tribunal Supremo. En cualquier caso, conviene aclarar que, según la Instrucción 1/2017, dentro de la actividad inspectora de la ITSS se podrá seguir requiriendo a las empresas un sistema de control horario con el fin único de constatar hechos que impliquen cualquier infracción de la normativa de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

Cuestión interesante será conocer próximamente el criterio de la Autoridad Laboral a la hora de resolver aquellos procedimientos sancionadores que fueron iniciados por la ITSS a resultas de la ausencia de un registro de jornada diaria en las empresas. Es decir, aquellos casos en los que la ITSS, con base en la Instrucción 3/2016 y antes de dictarse las sentencias del Tribunal Supremo analizadas, hubiera iniciado un procedimiento sancionador contra una empresa por la no implantación de un sistema de registro de jornada diaria. En este sentido, no se puede obviar que el criterio del Tribunal Supremo al respecto, ya reiterado, constituye un sustento jurisprudencial relevante sobre el que las empresas podrán fundar sus alegaciones a fin de evitar la sanción correspondiente.

Aunque actualmente la legislación laboral española no establece expresamente una obligación de registro de jornada diaria como regla general, habrá que prestar atención a futuros pronunciamientos judiciales y actuaciones inspectoras de la ITSS, los cuales podrían introducir matices prácticos en las sentencias comentadas. Con independencia de lo anterior, estas sentencias están abriendo la puerta a una reforma legislativa que aborde la obligación general para las empresas de registrar la jornada de sus trabajadores.

Las opiniones expuestas en el presente documento pertenecen al autor y, por lo tanto, no necesariamente coinciden con las del despacho.

Las ventajas de un programa de compliance en materia de defensa de la competencia

HENAR GONZÁLEZ DURÁNTEZ

Partner de Herbert Smith Freehills

HERBERT SMITH FREEHILLS

La actividad de las empresas está sometida a un número importante de leyes y reglamentaciones, cuyo incumplimiento está asociado a elevadas sanciones administrativas y serias consecuencias civiles. Entre estas normas cabe destacar las de defensa de la competencia, que básicamente prohíben dos tipos de conductas: los acuerdos restrictivos entre empresas y los abusos de posición de dominio.

La infracción de estas normas conlleva multas cada vez más elevadas a las empresas infractoras (que pueden suponer hasta el 10% de su volumen de negocios) o a sus directivos (con multas de hasta 60.000 euros), indemnizaciones millonarias por daños y perjuicios, la prohibición de contratar con la administración o un cada vez mayor daño reputacional.

A la gravedad de estas consecuencias hay que añadir las amplias potestades de investigación con las que cuentan las autoridades de defensa de la competencia, que se han visto aún más reforzadas en los últimos años, de tal forma que la probabilidad de que una conducta infractora pase desapercibida es cada vez menor.

Estas autoridades disponen de instrumentos de probada eficacia, como son las inspecciones domiciliarias por sorpresa, los requerimientos de información (cada vez más próximos al *discovery*) o los sistemas de clemencia, que permite conceder a las empresas reducciones de hasta el 100% en las multas a cambio de información y evidencias sobre el funcionamiento de los acuerdos de cartel para fijación de precios o reparto de cliente y mercados.

Reducción del riesgo de infracción

En este contexto, son muchas las ventajas que un programa de cumplimiento eficaz en materia de defensa de la competencia puede tener para las empresas y sus directivos. La más evidente, es que un programa de este tipo puede reducir considerablemente el riesgo de infracción, si se establecen procesos y mecanismos adecuados y se forma debidamente a los directivos y empleados. En estudios recientes realizados con empresas europeas, se ha podido observar que una elevada proporción de las empresas cuestionadas (superior al 80%), considera que sus empleados y directivos carecen de información suficiente sobre las conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia y las consecuencias de la infracción.

Estos programas también pueden permitir a la empresa detectar internamente el comportamiento infractor y gestionar rápidamente el posible daño reputacional (reportando directamente la conducta a la autoridad de competencia) o beneficiarse de una inmunidad frente a las multas o de importantes reducciones (haciendo uso de los sistemas de clemencia).

> Estos programas también pueden permitir a la empresa detectar internamente el comportamiento infractor

> Ninguna de estas medidas podrá ser efectiva si la alta dirección no se involucra en el programa

Un atenuante en el marco de los procedimientos sancionadores

Pero, además, la implementación de programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia dirigidos a evitar conductas infractoras, pueden actuar como un atenuante en el marco de los procedimientos sancionadores e incluso podrá exonerar a las empresas infractoras de la prohibición de contratar con la Administración en caso de violación de las normas de competencia (tal y como se establece en el reciente Proyecto de Ley Contratos con el Sector Público).

La experiencia nos muestra que el deseo de las empresas de cumplir con las normas de defensa de la competencia no es suficiente, porque sus directivos y empleados pueden moverse en función de distintos objetivos. El reto, por tanto, a la hora de diseñar e implementar estos programas, está en que los directivos y empleados no los conciban como una carga adicional en su labor, sino como una oportunidad.

Estos programas tienen que brindar a estos directivos y empleados conocimientos apropiados sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia, de tal modo que puedan diferenciar entre conductas agresivas, pero procompetitivas, de aquellas que están prohibidas y ser capaces de adoptar decisiones en la dirección adecuada con el menor coste posible. Pero, además, es preciso proporcionar incentivos para cumplir con estas normas, ya sean positivos (por ejemplo, que el nivel de cumplimiento se tenga en cuenta a efectos de promociones o subidas de sueldo) o negativos (congelación de la carrera).

Parte de estos incentivos también son las medidas dirigidas a controlar las posibles desviaciones. Si un directivo o empleado piensa que difícilmente su comportamiento será detectado, tendrá menos incentivos para cumplir con el programa. Por eso es importante establecer mecanismos de detección adecuados, como pueden ser los procesos de revisión de documentos, los sistemas de denuncia interna o la implementación de *red flags* sobre la base de la información económica o de mercado (por ejemplo, subidas de precio inesperadas que no responden a incrementos de costes).

Ahora bien, la experiencia también nos muestra que ninguna de estas medidas podrá ser efectiva si la alta dirección no se involucra en el programa y hace propia y extensiva a toda la empresa una auténtica cultura de cumplimiento y respeto de las normas de defensa de la competencia.

PAZ MARTÍN ÁLVAREZ

Directora del departamento de Derecho Digital de Herrero & Asociados

La Agencia Española de Protección de Datos frente al nuevo Reglamento UE

El nuevo Reglamento UE 679/2016 de Protección de Datos para la Unión Europea (RGPD), ha despertado un sinfín de preguntas sobre su aplicación, cómo cambiará la percepción de la protección de datos y sobre todo qué medidas deberán tomar las empresas y qué incidencia tendrá en las actualmente vigentes.

Aprovechando la *Sesión Anual de Protección de Datos,* que se celebra cada año desde hace casi una década, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) celebró el este año, el 25 de mayo, una jornada de puertas abiertas en la que la plana mayor de la AEPD mostró resúmenes de los aspectos más importantes del año pasado, y lo que resultó más importante para los asistentes a esta 9ª jornada, unas líneas maestras de interpretación para la aplicación de las normas y los criterios presentes en el RGPD. A poco menos de un año para la entrada en vigor del RGPD, y aunque se han iniciado tímidas reformas, parece que lo más importante está aún por venir.

Implantación de los preceptos

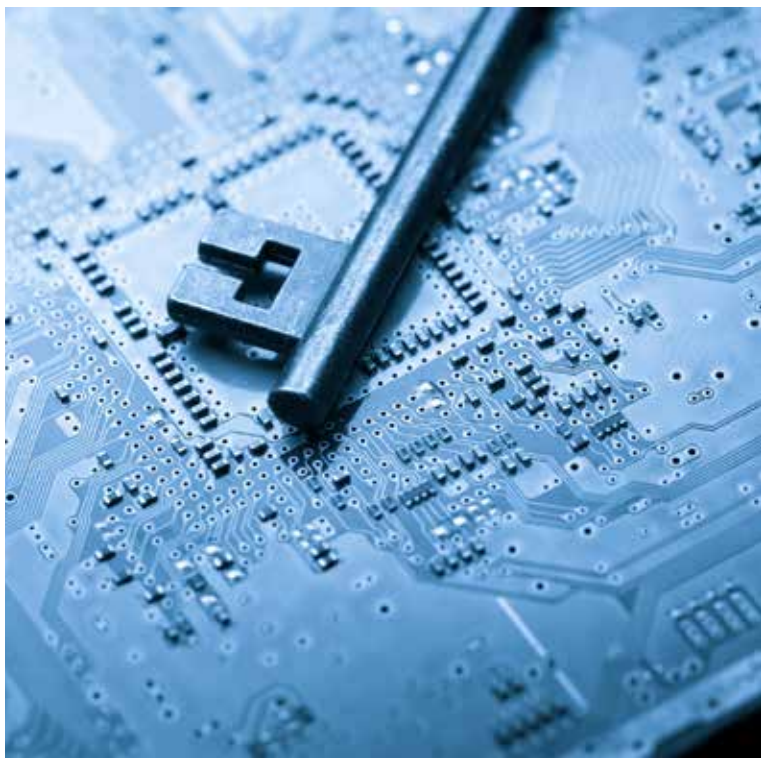
La dirección de la AEPD facilitó, a lo largo de la jornada, suficientes pistas e informaciones para poder deducir el camino que dicho organismo emprenderá para la implantación de los preceptos contenidos en el RGPD. Las novedades más importantes destacadas en la jornada fueron las siguientes:

- **Una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos.** En la profesión se rumoreaba que el Anteproyecto de Ley se haría público durante la *Jornada*. Pero la Directora de la AEPD, Mar España, anunció que no verá la luz hasta este verano como pronto. El texto que se presente a consulta, audiencia e información públicas, va a nacer muy justo de tiempo para entrar en vigor antes que el RGPD. Dichas las consultas y la duración del trámite parlamentario, harán difícil que entre en vigor antes que o a la vez del Reglamento. En cualquier caso, el juego de mayorías parlamentarias va a complicar bastante la aprobación de un texto consensuado. Si bien es cierto que esta será una ley puramente técnica, las diferentes visiones del problema de los datos de carácter personal pueden comprometer el contenido que, de momento, es un misterio.
- **La Agencia Española de Protección de Datos está desarrollando una serie de herramientas para ayudar a las pymes** en su adaptación al RGP. El 95,4% de empresas en España son micro pymes (entre 0 y 9 trabajadores). Estas empresas no tienen ni las herramientas ni los medios para cumplir adecuadamente con la Ley. Para ellas se anunció una *Herramienta nanopymes* que permitirá a estas empresas:
  - o Identificar los tratamientos de datos más habituales (como sabemos, desaparece la obligación de declarar ficheros).
  - o Cumplir con los principios acuñados por el RGDP.
  - o Regular correctamente las relaciones con los encargados de tratamiento.

  La herramienta no sustituirá al asesoramiento de la AEPD o de los profesionales que más que nunca seremos necesarios para acompañar en el camino a las empresas que tienen que adaptarse al RGPD.
- Se trabaja en el esquema de certificación del Delegado de Protección de Datos (DPO) que no va a ser obligatorio ni exigible pero como toda cualificación profesional, permitirá exhibir una acreditación que hasta ahora no existía en este terreno.

> El esquema de privacidad desde el diseño y por defecto necesita calar en el tejido empresarial español

> Nos enfrentamos a un año complejo, con muchas zonas grises que deberemos ir interpretando



- Se está preparando una nueva Guía de Evaluación de Impacto teniendo en cuenta las novedades del RGPD.
- El Grupo de Trabajo del artículo 29 está redactando nuevos documentos, entre ellos, el relativo al consentimiento: un asunto muy controvertido, especialmente para tratamientos ya existentes que no cumplen exactamente con los requisitos del RGPD.
- Otros documentos y guías de recomendaciones como una para Centros Docentes.
- Un muy esperado canal de consultas para los profesionales, demandado por la profesión toda vez que la mayoría de las consultas en protección de datos provienen de los que asesoramos en la materia.

El desarrollo de la sesión fue, como siempre pero este año especialmente, muy rápido, con muchas novedades y contenido y con muchas zonas grises en las que los profesionales nos vamos a mover en los tiempos venideros. El esquema de privacidad desde el diseño y por defecto necesita calar en el tejido empresarial español.

DPO interno o externo

La figura del Delegado de Protección de Datos o DPO, muy relevante en la nueva regulación, podrá ser interno o externo pero apuntaron desde la AEPN que deberá recaer sobre una persona sin perjuicio de que la misma esté arropada por un departamento o entidad jurídica: la cuestión no es baladí si atendemos a la posible carga de trabajo que un DPO pueda tener, por ejemplo, en una multinacional. Sin embargo y en palabras de la Directora el DPO no tiene reconocida una responsabilidad personal.

La sesión pudo ser seguida en *streaming*, y las presentaciones serán colgadas de la web de la AEPD. El Twitter fue la vía elegida por algunos de los asistentes para intercambiar comentarios e impresiones bajo el *hastag* #AEPD.

Nos enfrentamos a un año complejo, con muchas zonas grises que deberemos ir interpretando y consensuando. Las novedades son muchas y se deberá mantener información y vigilancia sobre las mismas.

GUILLERMO YUSTE

Socio del área Mercantil de Andersen Tax & Legal

SILVIO REQUENA

Abogado del área Mercantil de Andersen Tax & Legal

El derecho de separación por falta de reparto de dividendos en el marco de los acuerdos de financiación

> Somos de la opinión de que el derecho no es renunciable a priori y con carácter general por medio de los estatutos sociales

El pasado 1 de enero de 2017, tras diversas suspensiones, entró en vigor el artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, **LSC**).

Este precepto plantea una interesante problemática en el marco de las operaciones de refinanciación, toda vez que muchas de ellas se concluyeron antes de su entrada en vigor y, con carácter general en este tipo de operaciones, se prevén limitaciones a la posibilidad de repartir dividendos u otro tipo de beneficios en las sociedades afectadas, mientras que la deuda refinanciada no se haya amortizado por completo. Asimismo, las obligaciones de destinar los fondos obtenidos por la actividad de la empresa a fines concretos (que con frecuencia incluyen amortizaciones anticipadas), son muy comunes.

Nosotros somos de la opinión de que el derecho no es renunciable *a priori* y con carácter general por medio de los estatutos sociales. Sin embargo, sí consideramos posible la renuncia del derecho para cada caso concreto, por medio de cualquier pacto *a posteriori* entre los socios o entre los socios con terceros. En caso de que se limite el reparto y no se haya renunciado al derecho, podríamos encontrarnos ante los siguientes casos:

1. El socio que pretende exigir el reparto de dividendos so pena de ejercitar su derecho de separación, ha otorgado el acuerdo y ha garantizado su cumplimiento con prenda sobre las acciones o participaciones. En este caso debemos distinguir diversos supuestos:

a) Que la prenda prevea que los derechos económicos derivados de la condición de socio deban ser entregados a las entidades financiadoras. Dado que los dividendos corresponderían a las entidades financiadoras en todo caso, el socio renunció a su derecho de percibir dichos dividendos y de ejercitar, por tanto, su derecho de separación en caso de no ser aprobados. Admitir lo contrario sería permitir un claro abuso de derecho, dado que el socio podría causar un daño muy grande al patrimonio de la sociedad con su separación, cuando jamás podría obtener los dividendos. Igual solución merecen los casos en los que la prenda prevé que los derechos económicos asociados al capital corresponderán al acreedor en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas.

b) Que la prenda no prevea a quién le corresponden los derechos económicos. La solución que ha de darse es la misma, pues a la prenda es aplicable un pacto anticrético en esencia (arts. 1.868 y 1.881 del Código Civil).

2. El socio o accionista que pretende exigir el reparto de dividendos so pena de ejercitar el derecho de separación ha sido parte del acuerdo de refinanciación, pero no lo ha garantizado con prenda de su participación en el capital social. Este caso no es corriente, dado que normalmente los socios serán parte precisamente para renunciar al ejercicio de ciertos derechos. En ausencia de renuncia expresa, cabe entender de aplicación el art. 1258 del Código Civil, según el cual el contrato obliga no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, «sino también a todas las *consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». En definitiva, si se ha accedido al otorgamiento de un contrato, sería contrario a las más elementales exigencias de la buena fe realizar actuaciones que, aun no prohibidas en la literalidad del mismo, frustraran el fin del mismo. Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (por todas, STS 13.4.2004, RJ2004\2619).

3. El socio o accionista que pretende exigir el reparto de dividendos so pena de ejercitar el derecho de separación no ha sido parte del acuerdo de refinanciación, ni tampoco lo ha garantizado con prenda de su participación en el capital social. En este caso, el socio no está obligado por las previsiones del acuerdo, y no puede entenderse, por tanto, que haya renunciado ni al cobro de dividendos ni a su derecho de separación. Sin embargo, el ejercicio de este derecho podría, según las circunstancias, ser considerado un abuso de derecho. Esta situación ocurriría, por ejemplo, si con su ejercicio se causara un vencimiento anticipado de la financiación, que a su vez pudiera causar la insolvencia de la compañía. En este sentido, conviene recordar que el abuso de derecho, tal y como aparece configurado en el art. 7.2 del Código Civil, no requiere necesariamente una intención de dañar, que debería ser probada. Comprende tanto modalidades objetivas de abuso (ejercicio que sobrepasa los límites normales del derecho causando daño a tercero sin intención de dañar) como subjetivas (ejercicio del derecho con la intención de dañar).

Proyecto piloto de Mediación penal

SONIA CALAZA LÓPEZ

Catedrática acreditada de Derecho Procesal

La reparación moral o económica ha de ser previa a la homologación judicial

La regulación de la mediación es una realidad inminente a la que hemos de dotar de garantías no sólo suficientes, sino incluso reforzadas por razón de su inevitable implicación lesiva, caso de resultar infructuosa, en el ulterior proceso penal en el que se ha de transformar cuando no prospere, por las razones que fueren, la adopción o materialización del acuerdo.

Esta regulación de la mediación penal habrá de efectuarse, en su ámbito objetivo, conforme a un criterio de lesividad, crueldad, malignidad o gravedad del ilícito y, en este sentido, parece razonable que tan sólo puedan derivarse a dicho mecanismo restaurativo, las actuaciones de escasa, mitigada o baja intensidad. El presunto autor del hecho delictivo habrá de presentar, asimismo, para delimitar adecuada y razonablemente el ámbito subjetivo de la regulación, caracteres tales, en su conducta, como la ocasionalidad, excepcionalidad o esporadicidad de la misma, puesto que la reincidencia, persistencia o habitualidad de la actuación ilícita casa mal con el arrepentimiento, asunción de la culpa, deseo de proceder al resarcimiento y pacificación relacional futura.

La comisión de una actuación delictiva siempre y en todo caso, el aparato de la Justicia penal, debiendo corresponder a los jueces la función de catalogar, canalizar o, en su caso, verificar cuáles tipos delictivos, presuntamente atribuidos a determinados sujetos, pueden, tanto por razón del objeto –de escasa gravedad– , como del sujeto –capaz y con voluntad o buena predisposición a la negociación– ser derivados al mecanismo de la mediación.

Idénticas garantías

El procedimiento de mediación, inserto en el proceso judicial, habrá de estar presidido por idénticas garantías, a las que informan el proceso penal tradicional, salvedad hecha de las que resulten incompatibles con el reconocimiento de los hechos – punto de partida imprescindible de cualquier negociación–, como lo son el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no contestar a las preguntas que se le formulen, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, careciendo de virtualidad, por lo demás, en este caso, el derecho a la última palabra.

El resto de derechos que configuran el estatuto básico, mínimo o elemental de todo investigado o encausado, tanto los incluidos en el artículo 118 de la LECrim., como los inexplicablemente obviados, habrán de estar presentes, de manera especialmente reforzada o intensa, en este proceso de mediación que, de no prosperar, pondrá en cuestión la presunción de inocencia de quien se someta, tras la transacción frustrada o truncada, al proceso judicial.

Así, pues, todo investigado derivado a mediación habrá de haber conocido, con antelación a cualquier actuación judicial –y, por supuesto, mediadora– (derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación) los hechos que se le imputan (derecho de información), debidamente asistido por abogado (derecho de asistencia letrada) y traductor o intérprete, en los casos en que resulte necesario (derecho a la traducción e interpretación gratuitas), así como con conocimiento de todos los derechos que integran el derecho de defensa (derecho a realizar alegaciones fácticas y jurídicas, derecho a la práctica de la prueba, derecho a la dignidad y congruencia penal).

Una vez concluido el proceso de mediación, parece razonable que el antiguo conflicto vuelva al lugar de dónde ha partido, el proceso penal tradicional, para que el juez homologue el acuerdo alcanzado, una vez haya supervisado, de un lado, la proporcionalidad, moralidad, legalidad y justicia del resultado y, de otro, el cumplimiento de la obligación pactada, puesto que, en otro caso, debiera proceder a efectuar una transformación del proceso voluntario de mediación –ya frustrado– en el proceso penal tradicional.

Conclusiones

De estas notas se infieren las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la reparación moral o económica ha de ser previa a la homologación judicial, para minimizar los costes psicológicos, jurídicos y económicos de la víctima que llegó a un acuerdo con su agresor y, ello no obstante, se ve, no sólo agredida, sino también burlada.

En segundo lugar: la ausencia de reparación, en el plazo apalabrado, ha de conllevar la automática transformación de la mediación frustrada en el proceso penal correspondiente, pues no nos parece razonable que la víctima deba acudir, tras la adopción de un acuerdo incumplido, a un ulterior proceso de ejecución para solicitar el cumplimiento de la reparación pactada con su agresor.

En tercer lugar, la adopción de un acuerdo en el que se ven comprometidos la Ley, la moral, la proporción o la Justicia, habrá de ser anulada por el juez, quién habrá de transformar aquel proceso restaurativo voluntario en uno retributivo contencioso; finalmente, el acuerdo homologado en el proceso penal correspondiente gozará de efectos similares a los de la cosa juzgada, tanto en el marco de la Justicia restaurativa, como en la ulterior Justicia criminal.

Determinación de la Competencia Laboral Internacional ante conflictos entre empresa y trabajador fuera del Convenio de Bruselas I Bis en atención a España

MARCOS ÓSCAR MARTÍNEZ ÁLVAREZ

Graduado Social

En aplicación de la normativa, el conjunto de reglas para establecer la competencia jurídica se configuran bajo el **«Principio de Jerarquía»,** por lo que en base a este principio la normativa de rango superior excluye la aplicación del resto, salvo que la propia normativa superior se remita a otra de orden inferior, lo que significa que si de norma superior no se puede acudir al Juzgado en España, nuestros tribunales están obligados a declinar su competencia para conocer del caso.

La normativa respecto a la Competencia Judicial Internacional fuera del Convenio de Bruselas I Bis, se centra en las siguientes fuentes:

1.–Convenio de Lugano II

Fue firmado en fecha 30 de octubre de 2007 entre Dinamarca y los estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio. El Convenio Será de aplicación cuando el demandado esté domiciliado en alguno de los Estados que lo han confirmado. A raíz que el Convenio de Bruselas I Bis es efectivo, pone en vigor la posibilidad de demandar a un empresario estando domiciliado fuera de un Estado Miembro de la Unión Europea siempre que tenga un establecimiento, sucursal o agencia, y dando prioridad al Reglamento en detrimento del Convenio de Lugano II. Y en base a esto el Reglamento debe de aplicarse de forma prioritaria al Convenio siempre y cuando los Estados que conforman este último tengan abierto en un Estado Miembro agencia, sucursal o establecimiento.

Por tanto, la aplicación del Convenio se reduce a los siguientes supuestos: se aplica cuando la empresa esta domiciliada en los Estados firmantes si el litigio no viene de agencia, sucursal o establecimiento fijado en un Estado Miembro, o cuando ambas partes estén domiciliados en dichos Estados.

No obstante, hay que destacar que el Convenio de Lugano II es una norma de corte internacional mientras que el Reglamento de Bruselas BIS es normativa comunitaria de aplicación a la UE, y por tanto no cabe la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –aunque sirve de referencia– para los Estados firmantes del Convenio que no tienen por qué estar a lo dispuesto en dicha interpretación.

2.–Convenio del Salvador

Es firmado en Madrid, el 7 de noviembre de 2000, y contiene regulaciones en materia laboral sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de setencias. La aplicación parte de que el demandado esté domiciliado en alguno de ambos paises –España o El Salvador–, y solo es aplicable si no lo es el Reglamento de Bruselas BIS.

Por tanto, este convenio podrá darse en los siguientes supuestos: cuando la empresa demandada solo esta domiciliada en El Salvador sin agencia, sucursal o establecimiento en EEMM. Tambien se aplica cuando el trabajador sea el demandado y este domiciliado en uno de los firmantes, o el demandado este domiciliado en España y se demande en EL Salvador.

En materia de foro hay que destacar, que el foro general será el del domicilio demandado, y no será procedente la sumisión de ninguna de sus formas si la renuncia fue anterior a nacer el litigio. También existe un foro especial en materia laboral que consiste en aquel lugar donde el trabajador desempeñe de forma habitual el trabajo, permitiendo al trabajador u empresario demandar en aquel lugar done fue contratado.

3.–Aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial ante otros Estados

Se da cuando el resto de normas internacionales no son aplicables, limitándose mediante el art. 25 LOPJ a indicar en qué casos los juzgados españoles son competentes.

Por tanto, para que sea aplicable exige: que el demandado esté domiciliado en alguno de los paises de la Unión Europea, Dinamarca, Noruega, Islandia, Suiza o El Salvador; que el conflicto derive de un establecimiento, sucursal o agencia en los paises antedichos sin necesidad de estar la empresa domiciliada; o que haya sumisión expresa a los tribunales de los Estados con independencia del domicilio de las partes.

Los Tribunales españoles pueden ser competentes cuando la prestación de servicios sea en España siendo razonable que esta sea de forma habitual –no específica nada la norma–, el contrato de trabajo haya sido celebrado en territorio español, si el demandado tiene establecimiento, agencia o sucursal aun no estando domiciliado, o si trabajador y empresario tienen nacionalidad española.

Por último, con respecto a los acuerdos de competencia se hace una laguna en Ley Orgánica del Poder Judicial ante la posibilidad de utilizar por las partes los acuerdos de sumisión expresa o tácita. Pero esto es irrelevante porque para la competencia judicial internacional al ser España un Estado Miembro del Convenio de Bruselas I Bis la sumisión será válidamente aplicable al amparo de dicho Reglamento.

UNA FUENTE INAGOTABLE DE RECURSOS
EN LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN
FISCAL CORPORATIVA

ONESOURCE es el software más avanzado del mercado que permite a los profesionales de la Fiscalidad y la Contabilidad realizar informes y cálculos rápidos, valorando los riesgos o posibles contingencias de todas las transacciones corporativas.

MÁS INFORMACIÓN
T. 902 40 40 47
www.thomsonreuters.es

La inteligencia, la tecnología
y la experiencia profesional para
encontrar respuestas fiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS

Presidente del Consejo Editorial de Thomson Reuters y director de Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA)

El Gobierno concede a Javier Moscoso del Prado la Medalla al Mérito en el Trabajo

El presidente del Consejo Editorial de Thomson Reuters, Javier Moscoso del Prado, fue galardonado el pasado 9 de junio por el Consejo de Ministros con la Medalla al Mérito en el Trabajo en su categoría de oro. El Ejecutivo reconoce así la dilatada y prolífica trayectoria profesional de un personaje clave de nuestra historia reciente, cuya aportación ha sido fundamental en ámbitos tan diversos, pero al mismo tiempo basilares para nuestra sociedad, como la política, el Derecho y la empresa.

Actualidad Jurídica Aranzadi

Javier Moscoso del Prado (Logroño, 17 octubre 1934) es desde hace más de un cuarto de siglo presidente del Consejo Editorial de Thomson Reuters Aranzadi. No obstante, su vinculación con la compañía se remonta a principios de los años 70 del pasado siglo, cuando Aranzadi era una empresa familiar, y se ha mantenido e incrementado a lo largo de todo este tiempo, primero como Thomson Aranzadi, y después como Thomson Reuters.

El Ejecutivo no solo ha reconocido su trayectoria pasada, sino también su envidiable fuerza de trabajo con 83 años, que para él es donde reside la fórmula para mantenerse así. «El secreto está en no permanecer quieto. Lo peor que puedes hacer es estar inactivo. Yo tengo amigos de mi edad activos que se encuentran como yo, por ejemplo Antonio Garrigues, al que le pasa como a mí y algunas veces lo hemos comentado: si nos paramos estamos perdidos, y por eso estamos dispuestos a seguir andando. Así que, eso es lo que puedo recomendar, no quedarse quieto y seguir trabajando».

«El mejor embajador de la compañía»

El director General de Thomson Reuters European Civil Law, Alejandro Castex Zaldívar, afirma que, «a lo largo de su trayectoria en Thomson Reuters, Javier ha sido siempre el mejor embajador de la compañía y un gran defensor de la evolución del negocio y las nuevas tecnologías, desde la editorial tradicional que era en sus comienzos, hasta el momento actual de liderazgo en la transformación digital del mercado».

No en vano, quienes le conocen destacan de él sus cualidades profesionales y humanas. En cuanto a las primeras, siempre ha mostrado una crítica objetiva y una valoración certera respecto a los autores y sus creaciones en las distintas materias del derecho, así como un inmenso respeto por una editorial objetiva, técnica y sin banderas políticas. En cuanto a las segundas, cabe destacar su gran humildad, su profunda vocación por las relaciones humanas y su capacidad de escucha, aportando siempre opiniones de gran valor e interés desde su gran sabiduría y conocimiento. Su filosofía de trabajo es la misma que llevó a Manuel Aranzadi a fundar la Editorial en 1929: un gran amor por las obras jurídicas y los contenidos editoriales en general.

Amalia Iraburu Allegue, directora de Contenidos de Thomson Reuters, pone en valor que «en todo el devenir de la compañía, desde Aranzadi, empresa familiar, luego Thomson Aranzadi, y después Thomson Reuters, en todos los momentos de nuestra historia reciente, bajo cualquier forma societaria, cualquier dirección y cualquier propiedad, Javier siempre ha estado ahí, representando a la compañía y como un referente para todos los empleados, los profesionales del Derecho y el mundo jurídico español».

«Lo que no está en Aranzadi no está en el mundo»

Javier Moscoso del Prado recuerda que en los años 70, «aquella empresa familiar me pidió que me hiciera cargo de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo». La evolución desde entonces «ha sido espectacular; siempre ha sido la primera en España, y siempre cumpliendo los objetivos que tenía desde el principio: informar a los profesionales del Derecho con rigor, con rapidez y exhaustivamente. Se dice, y con fundamento, que lo que no está en Aranzadi no está en el mundo».

Destaca que «primero trabajábamos con papel con un sistema de pliegos que se mandaba permanentemente a todos los clientes, con tal agilidad que había una estafeta de correos dentro de la propia editorial, con funcionarios de Correos trabajando exclusivamente para Aranzadi. Y después, estuvimos a la cabeza de todas las innovaciones tecnológicas, siempre intentando que el cliente tuviera la información al momento».

Trayectoria profesional

Javier Moscoso del Prado y Muñoz es Licenciado y Doctor en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Zaragoza, y diplomado en Derecho Comparado por la Universidad de Estrasburgo. Abogado del Estado y miembro de la Carrera Fiscal desde 1960. Durante 20 años, ocupó la Fiscalía en la Audiencia Territorial de Navarra. En 1987 fue nombrado fiscal del Tribunal Supremo. Ha ocupado los cargos de Fiscal General del Estado, director general de Justicia, vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y secretario general de la Sociedad de Autores. Además de la legal, destaca también su vida política. Fue nombrado ministro de la Presidencia durante el primer mandato de Felipe González, y en este cargo llevó a cabo importantes reformas de la Función Pública, desde donde introdujo los seis días de licencia a que tienen derecho los funcionarios, denominados así como *los moscosos*, palabra finalmente reconocida por la RAE en su 23ª edición. Sobre esta época afirma que «personalmente creo que mi aportación más importante estuvo en la reforma de la Administración y particularmente en la Ley de la Función Pública, que ordenó el complejo mundo de los funcionarios».

Otros reconocimientos

En 1990 se le concedió la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, y ha sido distinguido con la Gran Cruz de Carlos III. El pasado mes de febrero fue nombrado Colegiado de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM). La decana de los abogados madrileños, Sonia Gumpert, destacó la aportación del homenajeado tanto al Derecho como implantación de las nuevas tecnologías. Además, quiso recordar que su labor y la del resto de quienes han obtenido este alto reconocimiento a través de la publicación y divulgación jurídica, «es fundamental para ejercer el Derecho».

LIBROS DESTACADOS

ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 2017. Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo

DÚO

32 estudios rigurosos sobre cuestiones prácticas de gran actualidad en la materia, elaborados por abogados de reconocido prestigio. Incluye una selección de normas jurídico-administrativas, jurisprudencia, y bibliografía más relevante de 2016.

1ª edición
DIRECTOR: Miguel Angel Recuerda Girela
MARCA: Cívitas.
ISBN: 978-84-9152-665-0

PVP C/IVA: 79,50 €
PVP PROVIEW C/IVA: 43,50 €

PRACTICUM SOCIEDADES MERCANTILES 2017

DÚO

Toda la información jurídica, rigurosamente actualizada, necesaria en cuanto a las normas de funcionamiento y administración de sociedades y grupos de sociedades. Ofrece una orientación práctica, e incluye formularios y supuestos habituales resueltos. Recoge las últimas actualizaciones legislativas.

1ª edición
MARCA: ThomsonReuters.
ISBN: 978-84-9152-554-7

PVP C/IVA: 150 €
PVP PROVIEW C/IVA: 87,49 €

DÚO FORMATO EBOOK

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.

masinfo@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es/es/tienda.html

VIII CONGRESO ARANZADI **SOCIAL** MADRID

FECHA

21 Y 22 DE SEPTIEMBRE

LUGAR DE CELEBRACIÓN

HOTEL VILLAMAGNA MADRID
PASEO DE LA CASTELLANA, 22
28046 MADRID

VIII edición del Congreso Aranzadi Social, acción formativa ya consolidada y una cita ineludible para que los profesionales del ámbito socio-laboral puedan dedicarse al estudio monográfico de una materia especialmente relevante.

PRESIDENTE DEL CONGRESO:

Antonio V. Sempere Navarro.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo.

CODIRECTORAS DEL CONGRESO:

Carmen Sánchez Trigueros.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Directora del Foro Aranzadi Social de Cartagena.

Rosario Cristóbal Roncero.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid. Directora del Foro Aranzadi Social de Madrid.

¿POR QUÉ NO DEBES FALTAR A ESTA CITA?

- Información relevante, actual y útil. Actualización continúa de los temas que más preocupan a los laboralistas: la aplicación de la Reforma Laboral, los aspectos concursales, los cambios en la Ley de Sociedades de Capital, convenios, etc.
- Planteamiento práctico. Con una metodología que te permite una rápida aplicación a tu práctica profesional y a tus casos concretos. Planteamiento y resolución de dudas.
- Ponentes de suma solvencia y encuentro de profesionales especializados. Quienes asumen la exposición de las materias se distinguen por su destacado papel en el ámbito de la Judicatura, de la Abogacía o de la Cátedra y poseen una visión tanto práctica como reflexiva, que garantiza el elevado e interesante nivel de los coloquios y, al tiempo, posibilita productivos contactos.

T. 900 40 40 47
www.thomsonreuters.es/es/tienda.html

the answer company™
THOMSON REUTERS®

INFORMACIÓN

Hacienda pone en duda la efectividad práctica de la sentencia del TC contra la 'amnistía fiscal'

Actualidad Jurídica Aranzadi

La disposición adicional anulada incorporaba una medida excepcional en línea con las recomendaciones internacionales

Fuentes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tildan la sentencia del Tribunal Constitucional que declara nula la Declaración Tributaria Especial de 2012, conocida como *amnistía fiscal*, de «excesivamente política», poniendo en duda la efectividad real de la misma.

A pesar de ello, reconocen que fue algo hecho «a la desesperada» y «para recaudar» con el objetivo de evitar una intervención por parte del Ejecutivo europeo. La *amnistía fiscal* a la que se acogieron 31.000 evasores, hizo posible que se presentaran 140.000 más declaraciones del Impuesto sobre la Renta, aflorando 130.000 millones que hasta entonces estaban completamente ocultos.

Además, subrayan que la mayor parte del texto se basa únicamente en la imposibilidad constitucional de haber tomado estas medidas por Real Decreto, y no por Ley. Sin embargo, no se refiere ni a la utilización de los datos fiscales que se obtuvieron, ni se ocupa de qué habría que hacer con el dinero detectado y recaudado. Comentan que, a partir de los datos obtenidos en la regularización especial, se ha procedido a procesar a contribuyentes que estaban incurriendo en tipos penales. Según ha afirmado el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, Cristóbal Montoro, la amnistía «ha permitido abrir 3.545 actuaciones inspectoras entre quienes presentaron la Declaración Tributaria Especial con una deuda instruida de más de 246 millones, de la que se ha liquidado hasta el 10 de enero de 2017 más de 189 millones».

Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/201

El Tribunal Constitucional ha declarado nula la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, por vulnerar los arts. 86.1 y 31.1 CE, que se refieren a la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante para emanar un Decreto-ley, y a la obligación de todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

El Real Decreto-ley 19/2012 fue convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 14 de junio de 2012 y tramitado posteriormente como proyecto de ley, dando lugar a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes del comercio y de determinados servicios, cuya disposición final tercera volvió a añadir los apartados 6o y 7o a la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, con un contenido similar al previsto en el Real Decreto-ley 19/2012.

En dicha disposición adicional, bajo el título de «Declaración tributaria especial», se habilitaba a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del Impuesto sobre Sociedades (IS) y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR), que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, a presentar una declaración con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo, cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición.

A dicha declaración se acompañaría el ingreso de la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos a que se refiere el párrafo anterior, el porcentaje del 10%, sin que sean exigibles «sanciones, intereses ni recargos» y teniendo el importe declarado por el contribuyente «la consideración de renta declarada».

El plazo para la presentación de las declaraciones y su ingreso finalizó el 30 de noviembre de 2012, no siendo posible acogerse a la *amnistía* respecto a los impuestos y períodos impositivos en los cuales la declaración e ingreso se hubiera producido después de que se hubiera notificado por la Administración tributaria la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias correspondiente a los mismos.

Posteriormente, la disposición final tercera del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, expresamente mencionada en el escrito del recurso, añadió dos nuevos apartados, 6o y 7o, a la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo. Ese nuevo apartado 6o precisó que, cuando el titular jurídico del bien o derecho objeto de la declaración tributaria especial no residiese en territorio español y no coincidiese con el titular real, se podría considerar titular a este último, siempre que llegase a ostentar la titularidad jurídica de los bienes o derechos con anterioridad a 31 de diciembre de 2013. Por su parte, el apartado 7o concreta que, el valor de adquisición de los bienes y derechos objeto de la declaración especial, será válido a efectos fiscales, en relación con el IRPF, con el IS y con el IRNR, «a partir de la fecha de presentación de la declaración y realización del ingreso correspondiente».

Además, incluyó una serie de reglas relativas al cómputo de las pérdidas patrimoniales derivadas de futuras transmisiones, al cómputo de las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a los bienes y derechos objeto de la declaración especial, al cómputo de las pérdidas derivadas de la transmisión de tales bienes y derechos cuando el adquirente sea una persona o entidad vinculada, y a la determinación del valor de los bienes o derechos cuya titularidad se corresponda parcialmente con rentas declaradas.

Impuestos afectados

La regularización especial afectó pues a los bienes y derechos ostentados hasta el 31 de diciembre de 2010, esto es, hasta antes del último período cuyo plazo de declaración hubiera concluido antes del 30 de marzo de 2012 en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), en el Impuesto sobre Sociedades (IS) y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de No Residentes IRNR, con establecimiento permanente. En el caso de contribuyentes en el IRNR sin establecimiento permanente, hubo que estar a cada tipo de renta. No afectó, por el contrario, al Impuesto sobre el Patrimonio, al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ni al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Ya en 1991 se llevó a cabo una *amnistía fiscal*, en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a través del canje de pagarés del tesoro o emitidos por las Diputaciones Forales por activos de Deuda Pública especial, de manera que las rentas o patrimonios aflorados no tributaban, ni los rendimientos generados quedaban sometidos a imposición en el impuesto sobre la renta de las personas físicas o en el impuesto sobre sociedades.

Ya antes, se actuó con las emisiones de pagarés del tesoro fiscalmente opacos al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros.

El Abogado del Estado destacó que, en 2010 y fruto de un informe de la OCDE, un buen número de países habían acudido a procedimientos especiales de declaración voluntaria, con fuertes incentivos para que los defraudadores pudieran regularizar su situación incrementando de forma inmediata la recaudación: Grecia, con un gravamen del 5% de las rentas no declaradas repatriadas y un 8% para las no repatriadas; México, con un tipo del 4% para las rentas declaradas por personas físicas y del 7 % para las declaradas por personas jurídicas; Portugal, con un tipo único del 5% para las rentas afloradas; Turquía, con un tipo que oscilaba entre el 2 y el 5%; Argentina, con tipos del 1%, 3%, 6% y 8%, dependiendo del destino de las rentas afloradas; Italia, con un tipo del 5% y, en fin, Alemania, con un tipo del 25%.

La política fiscal de aquellos años, y aún ahora, se enfrentaba al reto de implantar planes de consolidación presupuestaria para garantizar unas finanzas públicas saneadas, lo que aconsejaba «la implementación de planes de consolidación fiscal suficientemente ambiciosos», según palabras del Abogado del Estado que defendió la postura del Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional. Además, los Presupuestos Generales del Estado para 2012 fijaban como objetivo de déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas el 5,8% del PIB (la recomendación de la Comisión Europea era del 5,3 % del PIB). Dentro de este complicado marco económico-presupuestario, la disposición adicional anulada incorporaba una medida excepcional en línea con las recomendaciones internacionales, y que aplican la mayoría de los países de nuestro entorno y que responde a una finalidad constitucionalmente consagrada por el art. 135 CE, que no es otra que cumplir con la senda de la consolidación del déficit público pactada con la Unión Europea.

El CGPJ afronta los retos organizativos y de carga de trabajo de los órganos judiciales

AJA

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), ha aprobado diversas medidas de tipo organizativo, relativas a la carga de trabajo de las diversas sedes, y su racionalización.

Por un lado, ha dado luz verde a los criterios técnicos que deberán tener en cuenta los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, para valorar la necesidad de la adscripción obligatoria de los magistrados titulares de determinados órganos judiciales con escasa carga de trabajo, entre ellos algunos Juzgados de Menores. Por otro, ha aprobado la especialización de 54 juzgados para conocer de los litigios por las cláusulas suelo.

Valoraciones previas a la adscripción obligatoria

Por lo que respecta a la adscripción obligatoria de los magistrados titulares de determinados órganos judiciales con escasa carga de trabajo, el CGPJ ha determinado, entre otros puntos, que antes de adoptar esta medida de adscripción obligatoria, el presidente del TSJ que corresponda tendrá que valorar tanto el interés prevalente del servicio como la concurrencia de circunstancias de toda índole que afecten o puedan afectar al juez a comisionar.

El servicio podrá ser retribuido, si la carga total que asume el comisionado, sumada la del órgano del que es titular y la que va a asumir en el órgano que va a reforzar, supera el mínimo que determine la Comisión Permanente.

Generalmente, un órgano con menor carga estadística puede resultar más apto para ser objeto de una propuesta de adscripción obligatoria, todo ello de acuerdo con los sistemas de medición de cargas disponibles en cada momento. Por ello, *a priori,* los titulares de los Juzgados de Menores con la carga de trabajo que se ha puesto de relieve, resultan más idóneos para asumir tales medidas de refuerzo que no los titulares de órganos con mayor carga de trabajo.

También por aprobación del CGPJ, y desde 1 de junio al 31 de diciembre de 2017, con posible prórroga, 54 juzgados de Primera Instancia –uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear–, conocen, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario sea una persona física.

Esto forma parte del plan de urgencia en el que se empezó a trabajar el pasado mes de febrero, para hacer frente al previsible aumento de litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016, en relación con las cláusulas suelo. A medida que se vayan conociendo las cifras de ingreso de asuntos en los órganos especializados, el CGPJ hará una valoración ajustada de las necesidades, de manera gradual y flexible, que será inmediatamente comunicada al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia. Ello permitirá acomodar los medios personales y materiales de cuya dotación son responsables estas Administraciones a las necesidades que vayan surgiendo en el desarrollo del plan de urgencia, con la necesaria flexibilidad.

La Orden Europea de Investigación, en vigor desde el 22 de mayo, simplifica la actividad probatoria

AJA

El pasado 22 de mayo entró en vigor la Orden Europea de Investigación, que simplifica el trabajo de las autoridades judiciales en la solicitud de pruebas que se encuentren en otro país de la Unión Europea (UE). Se basa en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal. El nuevo sistema sustituye al vigente hasta ahora, que en ocasiones se presentaba como fragmentado y poco útil. Abarca todo el proceso de obtención de pruebas, desde su aseguramiento hasta la transferencia de los elementos de prueba existentes. Como regla general, el Estado de ejecución asumirá la totalidad de los costes relacionados con la ejecución de una Orden Europea de Investigación en su territorio.

Un instrumento para los jueces

Las órdenes europeas de investigación deben ser emitidas, o bien validadas, por parte de una autoridad judicial, a solicitud de una parte en un proceso penal.

Las autoridades solicitantes deben evaluar la necesidad y la proporcionalidad de la medida de investigación solicitada. Los Estados miembros deben garantizar que las vías judiciales disponibles sean equivalentes a las correspondientes a un caso interno similar, y velar por que las personas afectadas sean debidamente informadas de estas posibilidades.

Cuatro facilidades principales

Las cuatro facilidades principales que la Orden Europea de Investigación permite a la actividad judicial son los siguientes:

- El traslado temporal de detenidos con el fin de reunir pruebas.
- La consulta de las cuentas bancarias y las operaciones financieras de los sospechosos o acusados.
- Las investigaciones encubiertas y la interceptación de telecomunicaciones.
- Las medidas de protección de pruebas.

Mayor seguridad y rapidez para los jueces que necesitan la prueba

La orden fija plazos cerrados para mandar de un Estado a otro las pruebas que solicite un órgano judicial. Así, el Estado que es requerido tiene 30 días para decidir si aceptan la solicitud recibida. En caso de aceptar, disponen de otros 90 días para la medida de investigación solicitada es de 90 días. Si hay retraso, este deberá ser comunicado de forma inequívoca.

La autoridad receptora únicamente podrá rechazar la ejecución de una orden si es contraria a los principios fundamentales del Derecho del país en cuestión, o ante un potencial peligro para los intereses de seguridad nacional.

A las puertas de la entrada en vigor del SII

AJA

El próximo 1 de julio entra en vigor el sistema de Suministro Inmediato de Información (SII) para el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). El nuevo sistema afecta a empresarios, profesionales y otros sujetos pasivos, con un periodo de liquidación que coincida con el mes natural, de acuerdo con el artículo 71.3 del Reglamento del IVA y a los empresarios o profesionales y otros sujetos pasivos que así lo deseen.

En total, se calcula que a los cambios se acogerán unos 62.000 contribuyentes, que facturan una cifra que representaría el 80% del total del IVA en nuestro país. En síntesis, el colectivo que va a ser incluido obligatoriamente en el «SII» está integrado por:

- Grandes Empresas (con facturación superior a 6 millones de €).
- Grupos de IVA.
- Inscritos en el REDEME (Registro de Devolución Mensual del IVA).

Si se quiere optar por la aplicación del SII, deberá solicitarse durante el mes de noviembre anterior al inicio del año natural en el que deba surtir efecto. Para el ejercicio 2017, debería haberse realizado durante este mes de junio.

Como ventajas, la AEAT señala, entre otras, las siguientes:

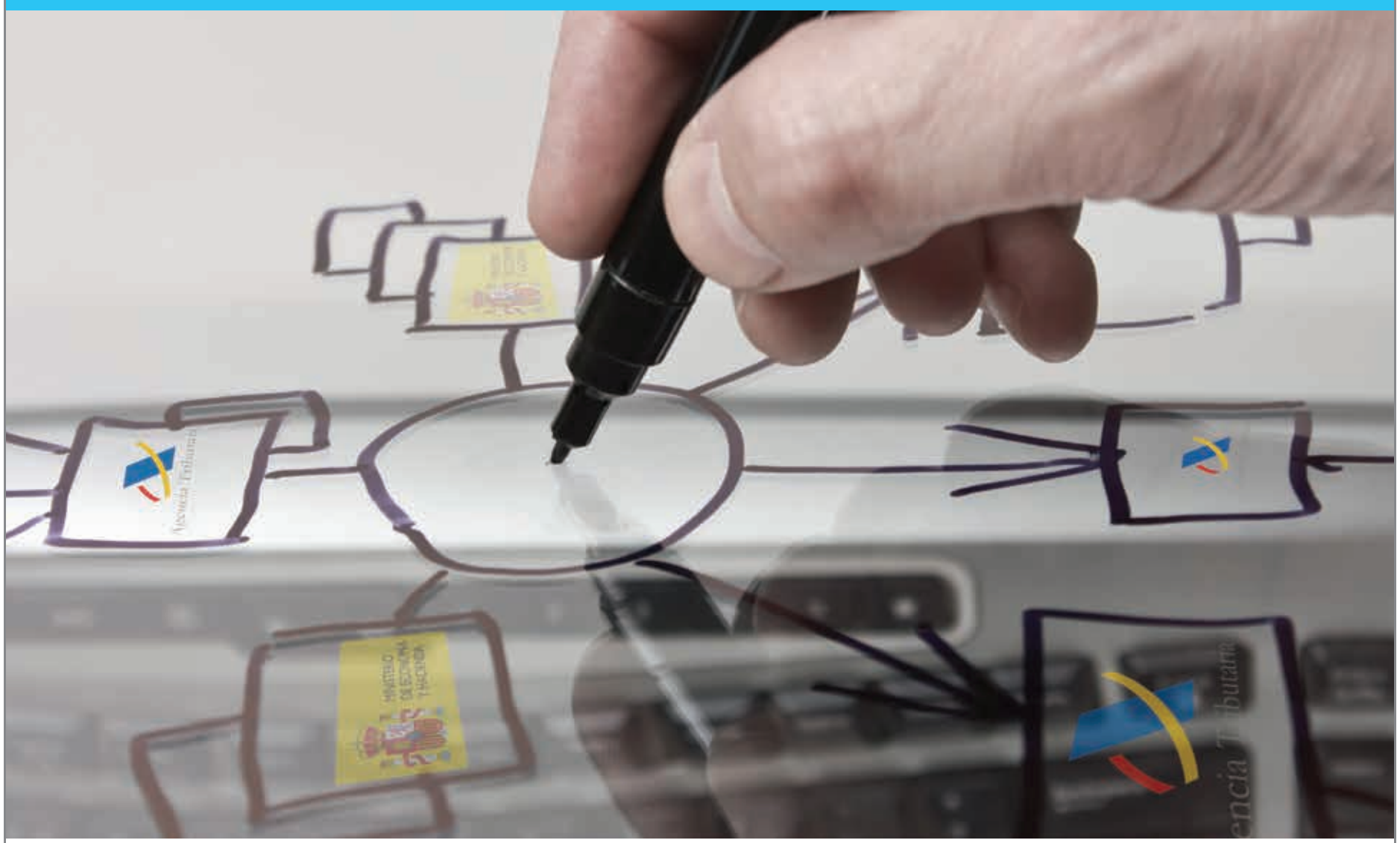
- Agilidad del sistema gestor del IVA.
- El contribuyente dispondrá Libro Registro *declarado y* otro *contrastado* en sede telemática, consultable por lo tanto de una manera cómoda y antes de finalizar el plazo de presentación de la declaración mensual. Así, se podrán corregir los errores cometidos en los envíos sin necesidad de ser requerido por la AEAT para ello.
- Disminución de los requerimientos de información por parte de la AEAT, ya que muchos de los requerimientos actuales tienen por objeto solicitar los Libros registro, las facturas o datos contenidos en las mismas para comprobar determinadas operaciones.
- Reducción de las obligaciones formales, suprimiendo la obligación de presentación de los modelos 347, 340 y 390.
- Ampliación de diez días para presentar e ingresar las autoliquidaciones, así como reducción en las devoluciones, al disponer la AEAT de la información en tiempo casi real y de mayor detalle sobre las operaciones.

INVITACIÓN

PARA NUESTROS CLIENTES AL EVENTO ON-LINE DEL MES

WEBINAR
PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Puesta al día con Néstor Carmona



28 de junio / 16:30 h. - 18:00 h.

Conoce la últimas novedades en materia de **Precios de Transferencia de la mano de Néstor Carmona,** director de la Oficiona Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI).

INSCRÍBETE
www.thomsonreuters.es

the answer company™
THOMSON REUTERS®

OBRA TOP

ALFONSO MUÑOZ PAREDES

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo
Magistrado Especialista CGPJ en materia mercantil

'Protocolo concursal'

¿Puede imputarse al auditor como cómplice en la calificación concursal?

El art. 166 dispone que *«[s]e consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».*

De la STS, Sala 1ª, de 27 de enero de 2016 (RJ 2016, 25), podemos concluir que para apreciar la complicidad se requiere que:

a.–El cómplice haya cooperado de manera relevante –*necesariamente o no*, apostilla la STS, Sala 1ª, de 21 de mayo de 2012– con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; no es necesario que la cooperación consista en la materialización de una conducta activa, sino que puede ser también pasiva (STS, Sala 1ª, de 29 de marzo de 2017).

b.–La cooperación se haya realizado con dolo o culpa grave.

c.–La cooperación sea voluntaria, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *conscius fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

Con estos elementos, ¿podrá un auditor ser considerado cómplice en la comisión de una irregularidad contable del art. 164.2.1º de la Ley Concursal?

Conjunto de disposiciones

La normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas se integra por un conjunto de disposiciones, legales y administrativas, internas y de carácter internacional. El punto de partida viene constituido por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC).

Las disposiciones de la LAC se complementan por las Normas Técnicas de Auditoría, ya de carácter general, previstas para trabajos específicos, y las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIA-ES) que han venido a sustituirlas.

La actividad de auditoría es, pues, «reglada» y está sujeta a un régimen específico y privativo de responsabilidad civil previsto en el art. 26 LAC.

La responsabilidad del auditor puede ser contractual –para con la sociedad auditada– o extracontractual –hacia el tercero–. La primera se ejercita a través de la acción social, la segunda a medio de la acción individual. La responsabilidad primaria del auditor es interna, ya que *«el informe de auditoría de las cuentas anuales facilita a los socios una información importante para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación de resultados y la censura de la gestión social porque trata de asegurar, mediante una información clara, técnica pero inteligible, y breve, la calidad y fiabilidad de la información contable de la empresa»* (SAP Madrid, Sección 28ª, de 19 de Diciembre de 2014). Empero, además de ese efecto interno, la auditoría tiene una indudable proyección externa; y es que, como subraya la STS, Sala 1ª, de 9 de octubre de 2.008, *«no hay duda de que la actividad de los auditores, en cuanto garantía de la veracidad de las cuentas que por ellos son auditadas (...) tiene un indudable interés general (...) además del particular del que es portadora la otra parte del contrato de auditoría».*

Si la actividad de auditoría tiene una proyección externa, es lógico que nos preguntemos si el auditor puede ser reputado cómplice cuando la conducta determinante de la culpabilidad del concurso sea una irregularidad contable relevante para la compresión de la situación patrimonial, o financiera de la entidad concursada o si, por el contrario, su responsabilidad sólo puede ser exigida en vía civil.

Complicidad autónoma

A nuestro juicio la responsabilidad por complicidad es autónoma y, por ello, compatible con la responsabilidad civil. Es más, la propia Ley Concursal parte de esa compatibilidad en diversos preceptos:

a.–En el art. 8.7º, atribuyendo al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de las demandas que se presenten contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración de concurso, a la concursada;

b.–En el art. 51.2, al disponer la acumulación de oficio de las demandas ejercitando la acción social que se hubieren presentado antes, siempre que en encontraren en primera instancia y no hubiere finalizado el acto del juicio.

c.–En el art. 60.3 al establecer la regla de interrupción de la prescripción de las acciones contra los auditores de la concursada.

d.–Finalmente, en el art. 48 *quáter*, que atribuye a la Administración la legitimación exclusiva, vigente concurso, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra sus auditores.

Si el ejercicio de las acciones contra auditores es compatible con la vigencia del concurso y, de otro lado, no hay norma alguna que disponga la afectación de la sección de calificación por el contenido o resultado de las mismas, no ofrece duda que, bajo determinados parámetros, el auditor puede ser considerado cómplice de la comisión de una irregularidad contable o de una simulación contractual en cuanto el informe por él emitido se revele apto para generar en el tercero, la confianza que le mueva a contratar o a invertir en la sociedad.

Concluida la aptitud potencial del auditor para ser declarado cómplice, resta determinar qué debe haber hecho o dejado de hacer para ser merecedor de tal condición.

La SJM nº 7 de Madrid de 15 de Septiembre de 2015, as. Fórum Filatélico, absuelve a los auditores porque a su juicio *«la complicidad en el concurso exige un grado de connivencia entre el cómplice y el autor del hecho ilícito que excede de la relación que puede existir entre el auditor y la sociedad. Este plus debería ser probado; es decir debería acreditarse que existió alguna suerte de acuerdo entre auditor y administradores de la sociedad para emitir un informe que avalara unas cuentas falsas o con graves irregularidades».*

La STS de 27 de enero de 2016 (RJ 2016, 25), al exigir voluntariedad o connivencia al cómplice, parece confirmar esta tesis, pero esta versión reducida de la complicidad supone deja fuera los actos cooperativos con culpa grave, previstos expresamente en el art. 166 y que son, precisamente, el campo natural de responsabilidad del auditor. Si el auditor, advirtiendo (dolo) la irregularidad o la simulación o habiendo debido advertirlas (culpa grave), omite en su informe toda referencia a las mismas o las ampara, otorga cobertura o justifica, con infracción de su *lex artis*, podrá ser considerado, a nuestro juicio, cómplice de la conducta que ha determinado la calificación culpable en cuanto haya contribuido a conformar una imagen distante del paradigma de fidelidad que el ordenamiento exige a las cuentas anuales.

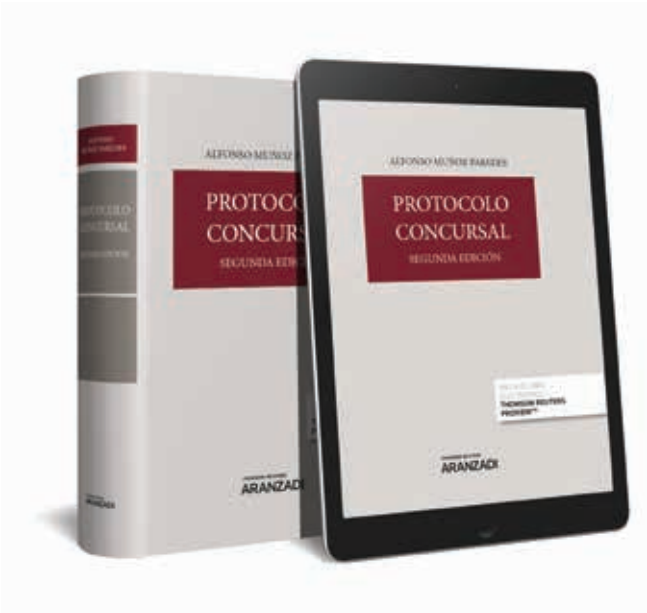
Aunque el verbo *cooperar* indica cierta dosis de voluntariedad, ello debe conectarse, de un lado, con la aceptación por el Alto Tribunal de la complicidad omisiva y, de otro, con el estándar de diligencia que marca la propia norma, so pena de reconocer al cómplice, no sólo una franquicia de culpa leve –común al resto de personas afectadas– sino también de culpa grave.

Para apreciar la complicidad del auditor no es preciso acreditar que los terceros, ya sean los socios o extraños a la sociedad, han actuado o dejado de actuar tomando en consideración el informe de auditoría y que éste ha sido elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión, como impone el art. 26.2 LAC, siendo suficiente a estos efectos la abstracta potencialidad de que así haya sido, lo que exige que el informe de auditoría haya sido accesible al conocimiento de terceros con antelación suficiente al momento en que han prestado su consentimiento contractual. Para eximirse de responsabilidad bastará con que haya hecho notar en su informe las incorrecciones o irregularidades que hayan servido de fundamento para la calificación culpable del concurso.

Con todo, como recuerda la STS, Sala 1ª, de 9 de Octubre de 2008, en razonamiento trasladable a sede concursal, no cabe hacer responsable al auditor por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada –algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena–, sino no sólo aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto.

A modo de conclusión podemos recordar la célebre cita de *Lord Justice Lopes* en la quiebra de la empresa *Kingston Cotton Mill*s (1896), en que, cuestionada la responsabilidad del auditor por no detectar un falseamiento de las existencias, se aclara que éste es un perro de guarda, no un sabueso:

«An auditor is not bound to be a detective, or, as was said, to approach his work with suspicion, or with a foregone conclusion that there is something wrong. He is a watchdog, but not a bloodhound»



INFÓRMATE EN:
masinfo@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es/es/tienda

LA REFERENCIA PARA EL PROFESIONAL DEL MUNDO CONCURSAL

PROTOCOLO CONCURSAL (DUO)

Obra de consulta más utilizada, pero las reformas legislativas y el tiempo transcurrido desde la primera edición exigían una actualización.

El autor no se ha contentado con ello: ha escrito un nuevo Protocolo, mejor y más completo.

Incluye miles de resoluciones, seleccionadas y extractadas, procedentes, muchas de ellas, de la base de datos personal del autor, Magistrado de lo Mercantil.

2ª edición
AUTOR/ES: Alfonso Muñoz Paredes. MARCA: Aranzadi.
ISBN: 978-84-9152-568-4. **PVP DÚO C/IVA: 155 € · PVP PROVIEW C/IVA: 85 €**

DÚO

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CRÓNICA LEGISLATIVA

LA LUPA

Función pública: Liberté, egalité... paternité

(Sobre el permiso por paternidad de los funcionarios públicos)

J & F

El art. 49 c) del Estatuto Básico del Empleado Público (hoy texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, EBEP/2015) dispone, al regular los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que el permiso de paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo, *tendrá una duración de cuatro semanas*, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Se trata de una norma que, en sus propios y estrictos términos, parece aparentemente clara, hasta que la ubicamos en su contexto y se procede a determinar su virtualidad en la práctica, y es que los términos del art. 49 c) EBEP/2015 no se agotan en sí mismos y requieren de una necesaria integración que se inician con su propio nacimiento.

La redacción originaria del EBEP/2007, establecía que el permiso de paternidad tendría *una duración de quince días* (hábiles, con inclusión de sábados, conforme el art. 48.1 LRJ-PAC/1992, hábiles, con exclusión de sábados, conforme el art. 30.2 LPA/2015), previsión que hay que poner en necesaria relación con la evolución de la regulación que, la Ley de la Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto), efectuaba para el permiso de paternidad y que:

1) En la redacción originaria del art. 30.1 a), concedía «*dos días cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cuatro días cuando sea en distinta localidad*».
2) Que por medio de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, pasó a «*tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad*».
3) La Ley 21/2006, de 20 de junio, fijó «en *diez días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción*».
4) La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, estableció en «*quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción*».
5) La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, estableció la redacción en «*cuatro semanas a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción* con entrada en vigor, tal y como disponía la disposición final segunda de la propia Ley, a *partir del 1 de enero de 2011*».

Pero esta previsión, la de que el permiso de paternidad pasara de «*quince días* a *cuatro semanas*», se fue demorando sucesivamente en el tiempo por el legislador hasta el 1 de enero de 2012 (Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre), hasta el 1 de enero de 2013 (Ley de Presupuestos Generales para el año 2012), hasta el 1 de enero de 2014 (Ley de Presupuestos Generales para el año 2013), hasta el 1 de enero de 2015 (Ley de Presupuestos Generales para el año 2014), hasta el 1 de enero de 2016 (Ley de Presupuestos Generales para el año 2015), hasta el 1 de enero de 2017 (Ley de Presupuestos Generales para el año 2016)...

Llegamos al momento actual, habiendo consumido ya la primera mitad del presente año sin Ley de cuentas públicas. En el Proyecto de Ley de Presupuestos para este 2017, no aparece rastro alguno de esa ya tradicional demora de la entrada en vigor de ese plazo de cuatro semanas para el permiso de paternidad que, recogido en la redacción del EBEP/2015, no ha tenido hasta ahora efectos en la práctica... Bueno, no los ha tenido hasta el 1 de enero de 2017, momento en que desaparece el muro de contención que, para su entrada en vigor, se había vuelto a levantar por la Ley de Presupuestos General del Estado para el año 2016 (disposición final 11 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre) y sin que el legislador haya vuelto a alzar moratoria alguna al respecto. Y, claro, no parece muy adecuado (aunque todo es posible) que con la Ley de Presupuestos Generales del Estado que, para el presente año, circula por lentamente por vías secundarias, se vaya a eliminar un derecho que, previsto para el año 2011, ha conseguido entrar en vigor al inicio de este año.

Así pues, y conforme determina el art. 2 del propio EBEP/2015 en cuanto a su ámbito de aplicación, la regulación del permiso de paternidad en «*cuatro semanas*» resulta aplicable al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, de las Administraciones de las entidades locales, de los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y de las Universidades Públicas, además de su «*carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*». Previsión esta, la de la *supletoriedad* y sus efectos en la práctica, que hay que tener muy presente para determinar quién tiene y no tiene ese derecho...

Otra cosa es la forma en la que se entiende y las normas que, en las diferentes Administraciones, rodean a esta previsión, así como las que se nos anuncian desde Europa. Y es que, en un ejemplo de uniformidad, los permisos de paternidad oscilan entre la no previsión y las 18 semanas, y los de maternidad entre las 16 y las 68 semanas..., pues eso, igualdad.

De la adopción de medidas extraordinarias por la escasez de agua

(Sobre el Real Decreto-ley 10/2017, de 9 de junio)

J & F

El BOE del día 10 de junio de 2017, publica el Real Decreto-ley 10/2017, de 9 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

La cuestión del *agua* se ha venido mostrando como una de las más controvertidas en los últimos años, lo que ha dado lugar a un importante número de normas que positivizaban el enfrentamiento entre las Comunidades Autónomas y el Estado, en pos de la apropiación para sí de ese esencial elemento, aunque ello supusiera regular en contra del sentido común, la realidad física y los principios más básicos sobre los que, se supone, se asienta un estado social y democrático de derecho.

La carencia de lluvias en lo que llevamos de *año hidrológico* (período de doce meses que se inicia el 1 de octubre de cada año), hacen preciso la adopción de forma extraordinaria y urgente de determinadas medidas, con el objeto de mitigar los efectos derivados de esa escasez y que llevan a la modificación de la Ley de Aguas.

Lo primero que llama la atención del Real Decreto-ley es que la regulación positiva, que comprende 4 artículos, requiere de un espacio (poco más de 1 página del BOE), mucho menor del que se destina a su explicación y justificación (6 páginas).

Así, y por el orden en que se dispone, se señalan como elementos que determinan el objeto y la finalidad de la norma:

1) Establecer medidas de apoyo a los titulares de las explotaciones agrarias, situadas en los ámbitos territoriales afectados por la sequía hidrológica (Cuencas del Duero, Júcar y Segura).
2) Establecer una medida de apoyo a los titulares de las explotaciones agrarias afectadas tanto por la sequía hidrológica en las anteriores cuencas, como la meteorológica en todo el territorio nacional.
3) Paliar el desequilibrio económico producido a la Mancomunidad de los Canales del Taibilla y a los abastecimientos de la provincia de Almería, en la parte que se suministran mediante el acueducto Tajo Segura debido al uso de recursos no habituales, (pozos de sequía, contratos de cesión temporal de derechos, incremento de recursos no convencionales como el agua desalinizada), necesarios para garantizar el abastecimiento de sus poblaciones, como consecuencia de la situación de sequía que sufre la demarcación hidrográfica del Segura.
4) Incrementar el tipo de gravamen correspondiente al canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, previsto en el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, al objeto de mejorar la dotación a los órganos competentes del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente y a los organismos de cuenca de los necesarios recursos para la protección y mejora de dicho dominio público.

Combinación de cuestiones generales y particulares, de carencias de origen climatológico, de los usos y cánones para ellos establecidos, a los que se pretende dar justificada explicación en esa densa Exposición de Motivos que, pacientemente leída, pone en evidencia esos principios de *extraordinaria* y *urgente necesidad* sobre los que se asientan este tipo de instrumentos normativos. Y es que, siendo innegable la inmediatez entre el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros y su publicación en el BOE, resulta que en esa Exposición de Motivos se pone de manifiesto que, «*con base en esta situación de sequía prolongada, la Comisión de Desembalse de la Confederación Hidrográfica del Duero, acordó en febrero de 2017, la elevación al Consejo de Ministros, para que de conformidad con el artículo 58 de texto refundido de la Ley de Aguas, adoptase, mediante Real Decreto y en circunstancias extraordinarias como las que se dan actualmente en la cuenca española del Duero, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión, para la superación de circunstancias de necesidad, urgencia, anómalas o excepcionales*...». Es decir, que entre la petición motivada del organismo público que tiene encomendada la administración y control del dominio público hidráulico de la advertencia de la existencia una situación excepcional, transcurren cuatro meses (un tercio del año hidráulico), para que el Gobierno adopte el Real Decreto-ley, y nótese que de los términos del art. 58 de la Ley de Aguas no se desprende la necesidad de este instrumento tan especial, al establecer que «el Gobierno, *mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros*, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión».

Siendo razonable, como parece desprenderse de esa extensa y profusamente motivada Exposición de Motivos, cuesta entender que lo que no pareció urgente hace cuatro meses lo sea, de repente, ahora, y más cuando los hechos y circunstancias que se manifiestan son público y notorios para cualquier persona que ha podido comprobar que la lluvia ha sido tan escasa como extraña en gran parte del territorio nacional, incluso en zonas en las que es fenómeno común en otoño, en invierno y primavera.

La situación expuesta ha permitido múltiples y variadas reflexiones entre las que nos quedamos con una de carácter político y otra socio-cultural como son que, los encargados de hacer normas, se alejan cada día que pasa, más y más de la realidad, por evidente que esta sea, y que en un mundo en el que nos hemos habituado a pensar, cuando no creer, que todo se puede comprar, cada día estamos menos preparados para enfrentarnos a situaciones de escasez de los bienes que, producidos por la naturaleza, son, por esencia y definición, limitados e irremplazables, como es el agua. Y, menos aún, a entender sus consecuencias.

DISPOSICIONES GENERALES

Creada la Comisión de seguimiento de protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo

● Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, por el que se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y por el que se modifica el artículo 6 del Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias

El Boletín Oficial del Estado del pasado 27 de mayo publicó el Real Decreto 536/2017, mediante el que se crea una Comisión de seguimiento, control y evaluación del cumplimiento del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. La norma cumplimentada estableció un cauce extrajudicial para facilitar a consumidores y entidades de crédito, que tengan suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, a alcanzar acuerdos y solucionar las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C307/15 y C-308/15.

La citada resolución del TJUE fue el origen mediante el que en enero se estableció el cauce extrajudicial para la reclamación de los importes indebidamente cobrados por las cláusulas suelo. La sentencia fijó que la restitución de las cláusulas suelo debía producirse desde la fecha de la firma del contrato de hipoteca. Se trata de un mecanismo que permite reclamar ante las entidades de crédito de forma sencilla, rápida y gratuita a los consumidores afectados.

La Comisión de Seguimiento se va a encargar de recabar y evaluar la información que le traslade el Banco de España obtenida de las entidades de crédito. Publicará semestralmente un informe en el que se evaluará el grado de cumplimiento del mecanismo extrajudicial de reclamación.

El Real Decreto se compone de cinco artículos, tres disposiciones adicionales, y cuatro disposiciones finales. Los artículos 1, 2 y 3 crean y regulan la Comisión de seguimiento, control y evaluación que velará por el cumplimiento del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, para lo cual podrá proponer medidas de actuación y evaluará la información suministrada por las entidades de crédito y por el Banco de España.

Para hacer posible que la Comisión de seguimiento, control y evaluación realice sus funciones, el artículo 4 establece determinadas obligaciones de información que han de cumplir las entidades de crédito. Entre otras, la información necesaria para constatar que la comunicación previa prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, se ha realizado, con carácter especial a personas vulnerables, para lo cual se define el concepto de persona vulnerable por remisión al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Información a remitir por las entidades de crédito

Por último, el artículo 5 regula y delimita las obligaciones de información. Según recoge, para cumplir con este objetivo, las entidades de crédito tendrán que remitir la siguiente información:

- Número de solicitudes presentadas, las que han terminado con acuerdo y las que no ha sido posible llegar a tal acuerdo, así como los motivos.
- Importe correspondiente a las solicitudes presentadas, las que han terminado con acuerdo y las que no ha sido posible llegar a tal acuerdo.
- Número e importe de las medidas compensatorias distintas de la devolución del efectivo que hayan ofrecido a los consumidores.
- Cada entidad deberá informar sobre el sistema que haya implantado para garantizar la comunicación previa a los consumidores, cuyo préstamo hipotecario tiene incluidas cláusulas suelo, especialmente a personas vulnerables.

A efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá por personas vulnerables «quienes se encuentren situadas en el umbral de exclusión definido en el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos».

Fondo de reserva de las fundaciones bancarias

Como hemos adelantado, el Real Decreto incorpora cuatro disposiciones finales. La primera se refiere a los títulos constitucionales habilitantes de la norma; la segunda incluye una extensión del plazo del que disponen las fundaciones bancarias para la constitución del fondo de reserva exigido por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias; la tercera prevé la aplicación supletoria de la regulación común de los órganos colegiados en el funcionamiento de la Comisión; la cuarta dispone que la entrada en vigor se producirá al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En referencia a la ampliación del plazo de constitución del fondo de reserva de las Fundaciones Bancarias que controlen entidades de crédito, se amplía desde los cinco años actuales prorrogables dos años más mediante autorización del Banco de España, hasta ocho años ampliables uno *más. Los plazos cuentan desde que entró en vigor la Circular del Banco de España de junio de 2015. Además, hasta que el fondo de reserva alcance el importe objetivo, las fundaciones bancarias deberán* destinar al mismo el 30% de los dividendos cobrados por las entidades de crédito, porcentaje que con anterioridad era del 50%. Ambas modificaciones permiten dar una cierta flexibilidad para dotar el fondo de reserva, sin mermar la finalidad principal de reforzar la solvencia de las antiguas cajas de ahorro.

Información sobre procedimientos judiciales

Asimismo, la Comisión podrá solicitar al Ministerio de Justicia información sobre procedimientos judiciales; en concreto, aquellos en los que se ejerciten acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación, incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias y cuyo prestatario sea una persona física.

Composición de la Comisión

La Comisión estará integrada por el subgobernador del Banco de España, que la presidirá; el secretario general técnico del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad; un representante del Ministerio de Justicia; un representante del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; un representante del Consejo de Consumidores y Usuarios; un representante del Consejo General de la Abogacía Española; un representante del Consejo General del Poder Judicial y un representante de la Asociación Hipotecaria Española.

JEFATURA DEL ESTADO

El Gobierno acude al RD-ley para transponer de forma urgente seis Directivas de la UE

● Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores

El Consejo de Ministros del pasado 26 de mayo dio luz verde al Real Decreto-ley por el que se transponen seis directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario y sobre el desplazamiento de trabajadores. La norma, el Real Decreto-ley 9/2017, fue publicado al día siguiente en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

Según informó el Gobierno, el objetivo de la norma «es cumplir la obligación que tienen los Estados miembros de transponer las directivas comunitarias en un plazo determinado». En concreto, el Real Decreto-ley afecta a diversos aspectos de la normativa sobre sistemas de pago y liquidación de valores, la defensa de la competencia, los derechos de los consumidores, el desplazamiento de los trabajadores, los tejidos y células para uso humano y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su Exposición de Motivos la norma señala que la transposición en plazo de directivas de la Unión Europea constituye en la actualidad «uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo». En este sentido, «la Comisión Europea somete informes periódicos al Consejo de Competitividad, a los que se les da un alto valor político en cuanto que sirven para medir la eficacia y la credibilidad de los Estados miembros en la puesta en práctica del mercado interior». El texto reconoce que a raíz de la prolongación de la situación de Gobierno en funciones, la labor legislativa exigida por la transposición de estas directivas al ordenamiento interno no pudo ser llevada a cabo en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

Esta situación ha generado graves consecuencias fruto de haber ido acumulando retrasos en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas. Por este motivo «resulta necesario acudir a la aprobación de un Real Decreto-ley para proceder a su transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos y con ello evitar la imposición de sanciones económicas a España», señala la norma.

Directivas transpuestas

El título I, que engloba los artículos primero y segundo, contiene las modificaciones normativas que transponen directivas relacionadas con el sistema financiero. El artículo primero modifica la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores con un doble objetivo: por una parte, modificar la definición de firmeza e irrevocabilidad de las órdenes de transferencia y por otra, modificar la redacción del artículo 14.1 para adaptar el ordenamiento español a lo previsto en el artículo 87 del Reglamento (UE) N.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones. El artículo segundo modifica el artículo 234.2 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, para establecer la suspensión del ejercicio del derecho de votos de las acciones de emisores cuando no se hubieran comunicado adquisiciones de participaciones significativas.

Derecho de la competencia

El Título II, que comprende los artículos tercero y cuarto, contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. El Real Decreto-ley introduce, en la Ley de Defensa de la Competencia del 3 de julio de 2007, un nuevo título relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Recoge las previsiones de la mencionada Directiva con el objetivo de garantizar que los daños sufridos por sujetos (ya sean empresas o consumidores) como consecuencia de dichas prácticas anticompetitivas sean efectivamente resarcidos.

Ámbito sanitario

El Título III, compuesto por el artículo quinto, contiene las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno dos directivas de la Unión Europea de 2015 en el ámbito sanitario que afectan a diferentes aspectos de las normas de calidad y seguridad de los tejidos y células para uso humano. La trasposición garantiza la aplicación del código único europeo, que proporciona información sobre el donante y el producto, en todos los establecimientos de tejidos, incluidos los que se dedican a la importación. Su objetivo es reforzar la trazabilidad de las células y tejidos humanos desde el donante al receptor y viceversa, mediante el establecimiento de una serie de requisitos técnicos para su codificación.

Desplazamiento de trabajadores

El Título IV del RD-ley, compuesto por los artículos sexto y séptimo, contiene las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno una directiva de la Unión Europea sobre el desplazamiento de trabajadores. La Directiva transpuesta es la 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, que hace referencia a la garantía de cumplimiento de otra Directiva de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. La norma persigue garantizar que se respete un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular, que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores y promoviendo un clima de competencia leal dentro de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo. No obstante, la transposición de algunos aspectos de la Directiva 2014/67/UE requiere la aprobación de una norma con rango de ley.

Defensa de los Consumidores y Usuarios

Finalmente, mediante la disposición final primera se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo. Lo hace con el objetivo de dar nueva redacción a dos apartados para ofrecer inmediata respuesta al Proyecto Piloto abierto al Reino de España como consecuencia de la inadecuada transposición de dos artículos de una Directiva comunitaria de 2011 sobre los derechos de los consumidores. De este modo, se da cumplimiento a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea.

CRÓNICA DE TRIBUNALES

LABORAL

Reconocimiento de improcedencia *versus* indicios de discriminación

STS, de 4 abril 2017 (JUR 2017, 96409)

Mamen Alonso Arana
Área Social. Departamento de Contenidos

Partimos de un supuesto en que una trabajadora sometida desde el año 2009 a un tratamiento de fecundación *in vitro*, cuyos óvulos aún no le han sido transferidos, es despedida alegando la empresa causas económicas. A destacar dos aspectos: que la empresa conocía el tratamiento de fertilidad al que estaba siendo sometida la trabajadora y que la propia empresa reconoce la improcedencia del despido.

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, de conformidad con la Jurisprudencia del TJUE, coinciden en que la protección dispensada a la mujer embarazada no alcanza a las que sometidas a procesos de fertilización, aún no le han sido implantados los óvulos. Y por ello concluyen que, aunque existen indicios de que la actuación empresarial pueda resultar discriminatoria por razón de sexo, tales indicios quedan desvirtuados por la causa alegada en la carta de despido, declarando de esta forma el despido improcedente.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, y aún conociendo la doctrina mencionada no centra el debate tanto en esta cuestión. Para el Alto Tribunal, la cuestión clave es que habiéndose acreditado indicios de que despido podría tener un móvil discriminatorio, corresponde al demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Y en este punto el Tribunal Supremo considera que la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido: *«mal puede sostenerse que una actuación no ajustada a derecho –reconocida así por su propio autor– constituya una justificación razonable y objetiva de la cuestionada decisión extintiva ( ) el despido producido, precisamente por su carácter ilícito, no cumple con la exigencia legal que excluya el móvil discriminatorio ante un claro panorama indiciario de vulneración del principio de igualdad denunciado por la trabajadora».*

Nulidad de las medidas de externalización del servicio de logística de Panrico

STS, de 21 abril 2017 (JUR 2017, 137542)

Mabel Inda Errea
Área Social. Departamento de Contenidos

El Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 21 de abril de 2017, confirma en parte la sentencia de la Audiencia Nacional, que declaró la nulidad de las medidas adoptadas por la empresa Panrico, a partir del acuerdo de 19 de mayo de 2015, mediante el que se externalizó el servicio de logística, por no respetar el procedimiento previsto en el Estatuto de Trabajadores para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ahora la empresa tiene que reponer a los trabajadores afectados en las condiciones que disfrutaban antes de la citada fecha.

Para evitar los despidos, la empresa ofreció a los trabajadores afectados dos opciones de recolocación, una indemnizada y otra sin indemnización. Los que no eligieran ninguna de las dos opciones se les planteó la tercera opción, la extinción del contrato. La empresa se basaba en la existencia de causas organizativas y productivas que justificaban la amortización de los contratos de trabajo de dicho servicio.

La Sala destaca que el acuerdo se alcanzó dentro del trámite de negociación del convenio colectivo, vaciando de contenido el artículo 41.4 ET, sin realizar el periodo de consultas pertinente, ni aportar la empresa documentación necesaria para que los representantes de los trabajadores conocieran la situación y pudieran intervenir en el mismo. Sin embargo, rechaza que se vulnerara el derecho a la libertad sindical del sindicato Comisiones Obreras.

La sentencia cuenta con dos votos particulares discrepantes, de Mª Lourdes Arastey y de Ángel Blasco, al que se adhieren a este último cuatro magistrados.

FISCAL

Los objetos robados también llevan IVA

STS, de 9 mayo 2017 (JUR 2017, 117783

Almudena Domínguez Martín
Área Social/Fiscal. Departamento de Contenidos

La cuestión que se plantea en esta sentencia es si para fijar el valor de las mercancías sustraídas debe incluirse o no el IVA. La aplicación o no del impuesto para calcular el «precio de venta al público» es importante porque, de alcanzar el valor de lo sustraído los 400 €, la pena a imponer sería de prisión; mientras que, de no llegar a dicha cantidad, la pena sería de multa (art. 234 del Código Penal y 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La sentencia de instancia condenó a la acusada como autora de un delito de hurto a la pena de 6 meses de prisión por apoderarse de tres chaquetas en una tienda, cuyo precio ascendía a 427 euros, IVA incluído. Sin embargo, el recurrente plantea que, conforme al artículo 78 de la Ley 37/1992, del IVA, debe diferenciarse entre el «precio de venta al público» de una mercancía adquirida por el consumidor y el «total a pagar», que agrega a la primera partida el importe del IVA, lo que implica que dicho importe habrá de deducirse del precio en los casos en que habiendo sido sustraído el bien, no se ha producido el hecho imponible, puesto que no ha habido venta del bien o servicio.

Es decir que, no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar el IVA, ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo, y en el caso, descontado el IVA, el valor de lo sustraído no hubiera excedido de los 400 euros.

La Sala de lo Penal del TS considera indudable que, en la realidad social, cualquier potencial consumidor sabe que el precio de venta o PVP habitualmente exhibido en las etiquetas de las mercancías ofertadas en los establecimientos comerciales, es el importe que debe abonar para adquirir legítimamente el bien, y que un porcentaje de dicha cantidad corresponde al IVA, aunque su cuantía no aparezca desglosada. Por lo tanto, la expresión «precio de venta al público» de acuerdo con la legislación que regula el consumo y la propia LIVA, comprende el monto total que haya de desembolsarse en cada caso para la legítima adquisición del producto.

ADMINISTRATIVO

El Tribunal Supremo avala la educación diferenciada por sexos

STS 749/2017, de 4 mayo (JUR 2017, 123965)

Ainhoa de Carlos Castillo
Área de Derecho Público. Departamento de Contenidos

El Tribunal Supremo ha dictado sentencia a favor de la educación diferenciada porque considera que este modelo educativo es compatible con el principio de igualdad que consagra la Constitución.

La Sala III del Tribunal Supremo rechaza el recurso planteado por la Junta de Andalucía contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que revocó la orden de la Consejería de Educación, de 27 de febrero de 2014. Dicha orden denegó la solicitud de acogerse al régimen de conciertos educativos a un centro docente privado de Sevilla por impartir enseñanzas en los niveles obligatorios conforme al sistema de educación diferenciada.

El artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación dispone que:

> *«3. ...No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.*
> *En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad».*

La sentencia incluye un voto particular de una magistrada que sostiene que había que suspender la votación y fallo de este recurso de casación hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la LOMCE, entre los que se encuentra el artículo 84.3 relativo a la educación separada por sexo.

El presidente de la Sección también emite un voto concurrente porque considera que si la Sala hubiera suspendido el procedimiento el efecto sería equivalente a la estimación del recurso de la Junta de Andalucía.

MERCANTIL

Una empresa disuelta mantiene su personalidad jurídica ante la reclamación de deudas pendientes

STS, de 24 mayo 2017 (RJ 2017, 2217)

iker Roldán Aguirre
Área de Derecho Privado. Departamento de Contenidos

Una reclamación de un particular propietario de un piso que cinco años después de su compra, reclamó a la empresa que se lo vendió, cuando ya estaba disuelta, liquidada y con la escritura de extinción inscrita en el Registro, que reparase los defectos en la instalación del terrazo de la vivenda, ha llevado al Tribunal Supremo a dictar sentencia por la que se ha unificado su doctrina sobre la posibilidad de que una empresa ya disuelta pueda ser parte en un proceso de reclamación de deudas sobrevenidas.

Con esta sentencia se clarifica la situación, ya que desde esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se habían dictado sentencias en las que en casos iguales determinaba tanto la posibilidad como la imposibilidad de dichas reclamaciones a sociedades ya disueltas.

Así en esta unificación de doctrina el Alto Tribunal se alinea con la posibilidad de reclamación y se basa en la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que en resoluciones como la del 14 de diciembre de 2016 señalaba que *«después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma».*

Por ello se establece que la inscripción de la escritura de extinción de una sociedad conlleva, en principio, la pérdida de la personalidad jurídica de la misma, pero sí conservará personalidad frente a reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos.

COMUNITARIO

Las autoridades judiciales de un Estado de la UE pueden controlar la legalidad de las solicitudes de información fiscal procedentes de otro Estado miembro

Marí Cruz Urcelay Lecue
Abogada. Directora Revista Aranzadi Unión Europea (RAUE)

El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo, en relación con un asunto planteado por Berlioz (sociedad matriz) a la cual se había impuesto una sanción tributaria por negarse a facilitar información sobre los nombres y direcciones de sus socios, sobre el importe del capital poseído por cada uno de ellos y su porcentaje de participación en la empresa, en el marco de un intercambio de información con la Administración tributaria francesa. La demandante considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) (LCEur 2000, 3480), en su artículo 47.

El TJUE establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es aplicable porque, para imponer una sanción pecuniaria a Berlioz por su negativa a facilitar la información solicitada, las autoridades tributarias luxemburguesas aplicaron la Directiva 2011/16/UE (LCEur 2011, 346) relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

El TJUE recuerda que esa decisión de requerimiento sólo se ajusta a la legalidad cuando la información solicitada de un Estado miembro a otro, es «previsiblemente pertinente» para las necesidades de la inspección fiscal en el Estado miembro que la solicita. Los Estados miembros no pueden emprender investigaciones aleatorias ni solicitar información que probablemente no sea pertinente para la situación fiscal del contribuyente de que se trate. De esta forma, el destinatario de una decisión de requerimiento debe poder invocar ante un juez la falta de conformidad de la solicitud de información con la Directiva y, consecuentemente, la ilegalidad de la decisión de requerimiento resultante de ello.

El TJUE añade que las autoridades del Estado requerido (Luxemburgo) no deben limitarse a comprobar sumaria y formalmente la regularidad de la solicitud de información, sino que también deben asegurarse de que la información solicitada no carece de toda pertinencia previsible para las necesidades de la inspección fiscal. Y el juez del Estado requerido debe poder ejercer el control de la legalidad de la solicitud, para lo cual debe tener acceso a la solicitud de información del Estado requirente.

CIVIL

Desahucio improcedente de una VPO por expiración del plazo fijado en el contrato

STS, de 12 mayo 2017 (JUR 2017, 117503)

Gloria Sánchez Castrillo
Área Civil. Departamento de Contenidos

El Tribunal Supremo estima un recurso de casación interpuesto por unos arrendatarios contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se acordaba el desahucio de una vivienda de protección oficial de promoción pública al entender finalizado el plazo fijado en el contrato de arrendamiento.

Este procedimiento trae causa de la demanda de juicio verbal de desahucio que en su día planteó la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid solicitando se declarase la extinción del contrato de arrendamiento.

En el caso analizado, la duración del contrato como sus prórrogas son las previstas tanto en el contrato de arrendamiento como en el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, estableciendo un sistema de prórroga forzosa bianual, lo que implica que se excluya el hecho de estar ante un plazo indefinido, indeterminado o inexistente contrario a la temporalidad inherente a todo contrato de arrendamiento y siempre que se cumplan los requisitos que legalmente se prevén, tales como que el arrendatario no sea titular o poseedor de otra vivienda por compraventa o arrendamiento o cualquier otro título y que sus ingresos anuales sean inferiores a 2'5 veces el Salario Mínimo Interprofesional anual.

En base a estos argumentos, entiende el Supremo que no se pueden interpretar las estipulaciones del contrato de arrendamiento en el sentido de permitir a cualquiera de las partes dar por terminado el contrato con un preaviso de un mes de antelación en cualquier momento y en cualquier circunstancia, sino que el arrendador únicamente puede desalojar al arrendatario cuando dejen de cumplirse los requisitos legalmente previstos que autorizan a permanecer en la vivienda. Por lo tanto, la demanda de desahucio por expiración del plazo no puede prosperar.

CONSTITUCIONAL

El TC ampara a un militar sancionado a un mes de arresto por el contenido de un correo electrónico

STC 38/2017, de 24 abril (RTC 2017, 38)

Inés Larráyoz Sola
Área Penal. Departamento de Contenidos

El recurrente, delegado provincial de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) envió, a través del correo interno del Ministerio de Defensa, un mensaje en el que, entre otras cuestiones, manifestaba su apoyo a una compañera *«delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa»*.

El demandante fue sancionado a un mes y tres días de arresto en establecimiento militar, como autor de una falta grave contra la disciplina militar. Según afirma el acuerdo sancionador, el inciso del mensaje *«a la que están complicando la vida por su labor asociativa»* en referencia a la delegada para asuntos femeninos, constituye *«un atentado contra la disciplina por tratarse de una denuncia claramente infundada o temeraria, llegado a descalificar al mando militar en general»*.

La sanción fue impuesta por el General Jefe del Mando Aéreo de Combate y confirmada después por el General Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por el Tribunal Militar Central y por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional analiza la naturaleza del mensaje y concluye que la frase controvertida debe ser valorada desde el prisma del derecho a la libertad de expresión y no del derecho a la información, *«pues ciertos aspectos del comunicado ( ) permiten apreciar con naturalidad que la referida frase no es más que un juicio de valor ayuno de afán informativo»*. El demandante *«se limitó a comunicar que la actividad desarrollada por la delegada para asuntos femeninos provocó reacciones adversas en contra de ella»* pero sin especificar ni en qué habrían consistido esas reacciones ni por parte de quién venían. Si bien la frase dirige una crítica hacia personas que sólo pueden ser *militares «no contiene expresiones irrespetuosas o descalificativas»*.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional declara que el contenido del correo electrónico enviado por el recurrente está amparado por el derecho a la libertad de expresión y anula las resoluciones impugnadas.

PENAL

Varios trabajadores organizados para estafar, ¿grupo criminal o codelincuentes?

STS, de 25 mayo 2017 (JUR 2017, 137560)

Concepción Obispo Triana
Área Penal. Departamento de Contenidos

Cinco trabajadores de un concesionario de coches donde también se realizaban trabajos de mecánica, carrocería y pintura, se organizaron con el objetivo de obtener un beneficio económico en perjuicio de la empresa a través de operaciones fraudulentas. Con habitualidad cargaban material en órdenes de reparación para realizar trabajos con cargo a las aseguradoras, imputando recambios innecesarios y sin facturar para utilizarlos en otras reparaciones. Se facturaban horas de mecánico no realizadas y se hacían reparaciones en vehículos propios o de allegados, no facturándose el trabajo o haciéndolo con un descuento superior al establecido.

Por estos hechos los trabajadores fueron declarados responsables por los delitos de estafa y de pertenencia a grupo criminal. Respecto a este último tipo penal, el TS estima el recurso al entender que no nos encontramos ante un grupo criminal, sino ante un supuesto de codelincuencia. Se debe abandonar la influencia de la doctrina previa a la reforma del Código Penal sobre la interpretación del concepto de organización criminal y evitar dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia de los tribunales menores: 1º) La interpretación extensiva del concepto de organización, lo cual conduce a incluir supuestos propios del grupo criminal. 2º) Una interpretación del grupo que exige requisitos de la organización. En ambos casos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal.

Las figuras del grupo y la organización criminal están a día de hoy claramente delimitadas. En ambas se requiere la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer diversos delitos; la organización precisa además la estabilidad y coordinación en el reparto de tareas entre sus miembros.

No puede, por tanto, imputarse a los trabajadores la pertenencia a grupo criminal al encontrarnos ante un caso de codelincuencia: cada uno de los trabajadores realiza las acciones propias de un único tipo penal, la estafa; y actúan por su propia cuenta o, a lo sumo, con el asentimiento de los demás, sin que concurran los requisitos que identifican al grupo criminal.

NUEVAS TECNOLOGÍAS

El ‘I Congreso Legaltech’ manifiesta la necesaria transformación digital de los despachos

FERNANDO J. BIURRUN

Abogado.
Fundador de Law&Trends

El pasado 18 de mayo se celebró en Hernani el *I Congreso Legaltech* celebrado en España. Desde estas líneas hemos comentando desde el pasado año, las experiencias de los Legaltech en EEUU y del recién celebrado en Zurich y, al mismo tiempo, reclamado un evento similar en nuestro país. Este guante fue recogido por el espíritu emprendedor de Jorge Campanillas, Bárbara Román y Jorge Morell que, junto con el Grupo Spri Taldea – agencia empresarial del Gobierno Vasco– pusieron en marcha el evento.

La cita reunió a ponentes vinculados con el emprendimiento tecnológico en el sector legal. No estuvieron todos, pero sí la mayoría de los más representativos y, desde en la platea, una miscelánea de abogados de diferentes tipos de despachos y tamaños, emprendedores todos, *startups* legales, *bloggers* jurídicos... que disfrutaron de una jornada única y, si se me permite decirlo, corta para las expectativas creadas.

Encontrarán muchas definiciones de Legaltech, pero por quedarnos con una con la que me identifico, les dejo la definición de Alfredo Herranz que define el Legaltech como «la tecnología que genera efectos innovadores, sustanciales y específicos en el ejercicio y aplicación de los conocimientos jurídicos».

85 proyectos Legaltech, entre ellos Infolex

Hay 85 proyectos Legaltech identificados en España y pueden conocerse en el blog de Términos y Condiciones de Jorge Morell, entre los que se cuenta Infolex, el servicio de gestión de expedientes de Thomson Reuters. 85 proyectos de startups y empresas legales a los que se pretende reunir en una Asociación, según nos comentó Carlos Guerrero –que fue uno de los ponentes y que habló de la financiación de los proyectos de Legaltech–.

En la jornada se habló de la situación del Legaltech en España, de las tendencias internacionales y nacionales, de la financiación, retos y oportunidades, del uso del Legaltech por la abogacía y del futuro del Legaltech en España. Además, algunas de las startup tuvieron sus minutos de oro presentando sus proyectos Legaltech.

Una de las noticias del Congreso fue el anuncio por parte del Director del Cendoj, Iñaki Vicuña, del Open Data de las más de seis millones de sentencia anuales que trata esta institución para el año próximo.

La innovación tiene que llegar a todo el colectivo

No quisiera hacer un resumen del evento, del que en los diferentes portales y blogs de los asistentes ya se ha hecho eco, pero si sumarme a las reflexiones del tuitero y abogado canario Raúl Gámez –asistente al Congreso– que hizo en su blog sobre el evento y que no tienen desperdicio.

¿Dónde está la innovación y el Legaltech en nuestras universidades, en nuestras Facultades de Derecho?

Alejandro Sánchez del Campo (abogado y fundador de Replicante Legal), Eva Bruch (co-fundadora de MoreThanLaw), y Alejandro Gómez de la Cruz (abogado especializado en blockchain y contratos inteligentes en Grant Thornton Blockchain Lab), en el Congreso Legaltech.

Raúl remarca cómo la innovación no tiene que estar limitada a los grandes despachos, sino que tiene que llegar a todo el colectivo. En este sentido, un aspecto que también destacó David Maeztu (ponente en la mesa de tendencias nacionales) fue la posible brecha que puede abrir el acceso a determinadas tecnologías como la Inteligencia artificial y que pueden llevar a una desigualdad de armas entre los operadores jurídicos.

Si bien los grandes despachos ya han empezado las carreras de cómo incorporar estas tecnologías en sus despachos, los medianos y pequeños van a necesitar que las empresas que les proporcionan servicios jurídicos estén a la altura para proporcionales instrumentos competitivos. En este sentido, Raúl pone en el punto de mira a los Colegios de Abogados, y es que en el Congreso estuvo Eva Moral, abogada que representaba al proyecto Incubateur, la incubadora Legaltech del Colegio de Abogados de París y que nos dio a todos, una cierta envidia.

Coincido plenamente en las reflexiones de Raúl Gámez en que algunos de los proyectos de los que se habló podría llegar a incumplir las normas deontológicas y otros estar en el filo de querer ser al mismo tiempo proveedor de los abogados y competencia de los mismos. Es cierto que es momento de romper con estereotipos, pero desde el sector editorial ha sido una barrera que siempre ha estado presente, no ser competidor de tus propios clientes.

Estamos en el embrión de una nueva revolución digital no sólo para los despachos de abogados, sino también para los operadores que tradicionalmente prestaban servicios a los abogados. Las bases de datos, los gestores documentales, la comunicación a través de soportes electrónicos, las webs corporativas, los blogs... ya forman parte de nuestro ecosistema. La expectativa creada es enorme.

PD. Por hablar de lo que no se habló o, mejor dicho, de quien no estuvo presente en el Congreso ¿Dónde está la innovación y el Legaltech en nuestras universidades, en nuestras Facultades de Derecho? Tal vez es que no está.

Con ‘blockchain’ la confianza no está en un tercero, está en la propia Red

FERNANDO J. BIURRUN

Abogado.
Fundador de Law&Trends

Uno de los temas de debate del *I Congreso Legaltech,* fue sobre el futuro del Legaltech en España. En la mesa, Eva Bruch (co-fundadora de MoreThanLaw), Alejandro Sánchez del Campo, (abogado y fundador de Replicante Legal) y Alejandro Gómez De la Cruz (abogado especializado en *blockchain* y contratos inteligentes en Grant Thornton Blockchain Lab).

Pueden imaginar que palabras como *inteligencia artificial, bitcoin, blockchain, smart contracts, startups, innovación*... corrieron en la conversación de los ponentes y, si se me permite resumir en dos frases lo que allí se dijo, es que el uso de las nuevas tecnologías por los abogados es lo que marcará la diferenciación de los despachos, teniendo en cuenta que el precio no será una barrera.

Pero si me tengo que quedar con una reflexión, es la que pronunció nuestro invitado en el presente artículo, Alejandro Gómez de la Cruz, cuando remarcó que: «vivimos un momento en que las organizaciones no son innovadoras, lo son las personas dentro de las organizaciones, de los despachos».

En su exposición recalcó en varias ocasiones la necesidad de incorporar a los despachos de abogados perfiles innovadores, no sólo juristas, sino de otros perfiles técnicos, coincidiendo al exponer su experiencia en el desarrollo de *blockchain* que está llevando en su despacho, Grant Thornton, con una reflexión que recogíamos en esta sección hace unos meses desde la dirección de Hogan Lovells en Nueva York, en la necesidad de formar equipos mixtos de juristas y técnicos que tiendan a converger en un lenguaje común de trabajo.

Hablar de *blockchain,* para los más profanos, puede ser una novedad, por ello y, dado que es un término cada día más presente en nuestro entorno, no quería desperdiciar la presencia y la experiencia de Alejandro Gómez de la Cruz, para poner algo de luz en este concepto.

Intervinientes sin necesidad de confianza ni de intermediarios

Blockchain, nos cuenta Gómez de la Cruz, «nació para dar vida a Bitcoin. Sin embargo, como casi todo en este mundo, la tecnología ha evolucionado, dando lugar a otras plataformas y, con ello, a otras funciones». Una definición que nos acerca al concepto, en entender que «*Blockchain* es una tecnología que permite intercambiar valor o interactuar entre dos o más intervinientes sin necesidad de confianza ni de intermediarios», concluye Alejandro.

Dejando claro que las partes pueden actuar sin intermediarios, ¿dónde está la confianza? Si no tengo que confiar, mi confianza en un tercero ¿dónde la deposito? «Aquí es preciso-recalca nuestro interlocutor– dejar claro que, cuando operamos en una *blockchain,* sí necesitamos confianza, con la particularidad de que no la depositamos en un tercero en particular, sino en la propia red, en la tecnología que subyace». Pero, ¿quién va a ser ese tercero, un notario *virtual*?

Como bien nos apunta Alejandro, no hablamos de notarios, pero sí de certificadores, una red de certificadores, las validaciones de las transacciones van a seguir realizándose, aunque salgan algunos de estos nodos de la Red o entren otros nuevos.

El uso de las nuevas tecnologías por los abogados es lo que marcará la diferenciación de los despachos

El término ‘smart contract’, ni son contratos, ni son inteligentes

Y si todavía nos quedan dudas de lo que es *blockchain*, Alejandro Gómez de la Cruz recurre a una analogía bastante burda, pero a la vez bastante gráfica. «Ante la pregunta: ¿Cómo puede una red descentralizada funcionar sin un administrador, árbitro o cabeza visible y que aun así las reglas se sigan acatando? Y aquí es donde suelo recurrir al ejemplo con el juego del parchís».

Blockchain funcionaría de forma similar a una partida de parchís. Existen unas reglas públicas y prefijadas que van a regir la forma en la que van a interactuar los cuatro jugadores). Dicen las reglas que, si obtengo un 3, por ejemplo, avanzo 3 casillas. Así, si saco un 3 y muevo 4 casillas, al ser un movimiento visible por toda la red (los 3 restantes jugadores), invalidarán la transacción».

Utilidades del *blockchain*

Es de agradecer el esfuerzo que está haciendo Alejandro para ayudarnos a entender que es *blockchain*, así que le proponemos un nuevo reto que es que nos explique para qué sirve *blockchain*. Para ello, nos pone tres ejemplos de uso de esta tecnología:

Un primer uso es como certificación inmutable de información**. «**Blockchain, entre otras cosas, es un libro contable replicado y distribuido en miles de ordenadores, la información vertida en él deviene prácticamente (la ciberseguridad absoluta no existe) imborrable, dado que para eliminar un ítem de información tendría que eliminarlo de cada uno de esos miles de ordenadores», concluye Alejandro.

En segundo lugar*, blockchain* sirve como creación e intercambio de *tokens* de un punto a otro sin intermediarios. «*Blockchain* fue concebida para dar vida a una *criptomoneda*. Pero su constante desarrollo ha dado lugar a otras *blockchains*, como *Ethereum,* que permite, además de transmitir su *criptodivisa* base, el *Ether*, crear otras tantas series de representaciones de valor dentro de la red a las que llamamos *tokens.* Estos *tokens* son fichas a las que se les puede asociar un valor».

También sirve para programar y dotar de inteligencia de negocio a estos activos bajo principio de neutralidad**. «**Esta resulta la parte más compleja, pero la más interesante de *blockchain,* en opinión de Alejandro Gómez de la Cruz. Desde la aparición de *Ethereum,* estos «certificadores», además de validar transacciones con divisas, pueden validar ejecuciones de líneas de código, como las que hacen funcionar las aplicaciones de tu móvil o los programas de tu ordenador. Esto sirve para crear aplicaciones descen tralizadas que es lo que se ha denominado *smart contract».*

Pero que el término *smart contract* no nos lleve a confusión, dado que, como nos explica Alejandro, «en resumidas cuentas, ni son contratos, ni son inteligentes. Podríamos definir los *smart contracts* como herramientas que nos permiten ejecutar de forma descentralizada, automática e independiente aquellos términos de un contrato que respondan a una lógica puramente *booleana*, es decir, a ”if(s)” y ”then(s)”».

GESTIÓN DEL DESPACHO

ÓSCAR FERNÁNDEZ LEÓN

Socio Director de Leon & Olarte Firma de Abogados, SLP y Experto en Gestión y Organización de Despachos Profesionales

¿Qué abogado llevará este caso? Una encrucijada estratégica

Cuando comenzamos a ejercer siempre se cumple la regla *«asunto que entra asunto que llevo»*. No obstante, a medida que desarrollamos nuestra práctica y se van incorporando compañeros al despacho, entran en funcionamiento sistemas de asignación de los encargos que, si bien son inicialmente algo rudimentarios, con el tiempo van evolucionando a métodos más profesionales, hasta el punto que, en determinada fase, el proceso de asignación de asuntos constituye una decisión estratégica de primer orden para el devenir de la organización.

Podemos definir la asignación de expedientes como el proceso por el que los asuntos encargados al despacho se asignan por el responsable al abogado o equipo de abogados que se va a hacer cargo de la dirección técnica de los mismos, acción en la que intervienen múltiples factores, vinculados tanto al desarrollo profesional y a la motivación de los miembros de la firma como a la satisfacción del cliente, parámetros que contribuyen a la mejora de la calidad del servicio y redundan en nuestra productividad.

Período de crecimiento

No obstante, como ya hemos avanzado, la experiencia nos demuestra que el verdadero valor de la asignación de asuntos sólo se alcanza tras un período de crecimiento y madurez del despacho. En las primeras fases de tímido crecimiento en número de profesionales, suele adoptarse como criterio de asignación el origen o fuente de captación del cliente: «si yo capto el cliente, yo llevo el asunto», decisión esta posiblemente motivada por la falta de confianza y seguridad en las etapas iniciales del proyecto. Una vez superada dicha fase, y cuando la organización del despacho adquiere mayor complejidad, el proceso de asignación alcanza una mayor relevancia y trascendencia.

Por consiguiente, partiendo de su naturaleza eminentemente estratégica, una buena gestión de este proceso contribuirá al éxito de la firma, ya que las variables afectadas a la hora de decidir a qué abogado se asignan los nuevos asuntos son de tal relevancia, que la adecuada toma de estas decisiones repercutirá inexcusablemente en el crecimiento global de la organización y del propio profesional.

En relación con las características del proceso, podríamos destacar las siguientes:

- Debe ser un proceso claro y sencillo.
- Realizado por el socio director o, en su caso, el gerente.
- Basado en información sobre la carga de trabajo de los profesionales que integran la firma.
- Rápido en cuanto a la asignación del expediente para evitar situaciones perjudiciales al cliente.
- Conocido y reconocido por toda la organización.

Sentadas las características básicas, ya podemos afirmar que una buena gestión del proceso de asignación de asuntos tendría una incidencia directa en los siguientes aspectos:

- **Mejora en la atención al cliente**: Es de todos sabido que cuando el cliente nos encarga un asunto, a ello lo mueven diversos factores que son reconocidos de forma inmediata por la firma: conocimiento y amistad del letrado, prestigio del despacho por llevar con éxito asuntos similares, fidelidad a la firma, etc., circunstancias estas que examinadas al unísono con el estilo y personalidad del cliente, deberán ser tenidas en cuenta a la hora de elegir al abogado apropiado, dándose así los primeros pasos para garantizar la satisfacción del cliente.
- **Fomento del desarrollo profesional de los abogados**: Es indudable que la vinculación de un asunto con una materia jurídica concreta, y la asignación de determinado asunto a un abogado que se esté formando en la especialidad del expediente asignado, no solo va a contribuir a un servicio más eficaz, sino también al desarrollo de las habilidades del profesional. De este modo, la aplicación de los procesos de formación del despacho se complementará con la experiencia práctica a la que contribuyen los encargos, todo ello con la necesaria supervisión del abogado *senior.*
- **Factores motivacionales**: Unido al desarrollo profesional se encuentra el aumento de la motivación de los profesionales. Asignar un asunto encargado por un cliente de prestigio o de cierta dificultad en la materia que obligue al abogado a asumir nuevos retos y responsabilidades, repercutirá indudablemente en la autoestima del profesional, en su sensación de pertenencia a la firma y en su deseo de mejora continua.
- **Equilibrio en la distribución de la carga de trabajo entre los profesionales**: Auxiliado con las herramientas apropiadas, el responsable de las asignaciones conocerá, a través de los correspondientes indicadores, la carga de trabajo que soporta cada profesional de la firma, lo que facilitará que las asignaciones se lleven a cabo siguiendo un criterio justo y realista en la distribución del volumen de trabajo entre los abogados. Obviar esta finalidad puede llevar a un verdadero caos en la prestación de los servicios del colectivo. No obstante, la aplicación de esta variante debe ser considerada con prudencia, pues es una tendencia natural pretender solucionar los problemas de carga de trabajo a través de las asignaciones indiscriminadas.
- **Mejora de la organización:** La asignación de asuntos, bien gestionada, produce una mejora de la organización global de la firma y abre paso al establecimiento de nuevos procesos de mejora en la gestión del despacho.

Por todo lo anterior, la decisión de mayor importancia para lograr establecer este proceso radica en la designación de un responsable que no disponga sólo de *intuición*, sino, además, de una información completa sobre las variables a tener en consideración para asignar los recursos profesionales a los encargos realizados. Lógicamente, la figura más propicia a dicho cargo será el socio-director o gerente de la firma, si bien este deberá evitar que la exigencia de la práctica profesional del programador eclipse la más eficaz aplicación del proceso. De hecho, no es la primera vez que este proceso se resiente por la dejadez del responsable, acuciado por otras cuestiones (comienzan a producirse retrasos en las asignaciones, se rompe el equilibrio de la carga de trabajo o, sencillamente, no se realizan las mismas, supliéndose por procesos más básicos y poco eficientes).

Una vez designado el responsable, será indispensable establecer un proceso escrito, en el que se recoja con la máxima precisión las incidencias que atravesará el expediente desde su entrada hasta que es recibido por el abogado asignado al expediente.

Finalmente, la periodicidad y disciplina en la aplicación del sistema demostrarán su importancia estratégica para la firma.

Una última cuestión. Tal como está el patio ¿Podría realizarse la asignación por un robot?... Creo que no, salvo que, como he escuchado por ahí, los robots tuvieran la intuición que da el corazón.

Externalización e Internalización de recursos: LPO y LIM

SARA MOLINA PÉREZ-TOMÉ

Fundadora / CEO Marketingnize

La decisión entre internalizar o externalizar es estratégica y debe responder a las necesidades del despacho, entendiendo al cliente en el centro de la actividad para buscar el equilibrio entre coste y satisfacción del mismo. En la carrera por ser competitivos en el Mercado, las firmas pueden optar por figuras como el Legal Process *Outsourcing* o el *Legal Interim Management*. Existe un denominador común en ambas, la necesidad de especializarse y para ello optimizar los recursos de los que dispone el despacho a nivel interno y/o externo.

¿Pero que implican cada uno de ellos?

LPO

El *outsourcing* consiste en externalizar determinadas tareas de los departamentos legales corporativos o de firmas, en distintas partes del mundo, fomentando así la creciente globalización de los servicios jurídicos. Está basado en el uso de filiales *offshore* en determinadas tareas más o menos complejas: procesamiento de documentos, solicitudes de patentes, redacción de contratos...Incidiendo directamente en un menor coste del servicio llegando a suponer una reducción de un 70%.

Esta figura empezó a desarrollarse aproximadamente a partir de los años 50 del pasado siglo, en el que la subcontratación de parte de un proceso legal a diferentes países se fue desarrollando predominantemente en países que anteriormente habían aprovechado la ola del *outsourcing* de procesos empresariales. Estos proveedores se han establecido fundamentalmente en Canadá, India, Filipinas, Estados Unidos, Israel, y América Latina.

La des-localización, re-localización o externalización en distintos países de los servicios se produce de acuerdo con la ventaja comparativa de costes y calidad del capital humano. Desde el punto de vista económico, la descentralización de los procesos de producción tiene efectos positivos, tanto para el país de origen (bajan sus precios y son más competitivos haciendo que aumente la demanda de sus servicios) como en el destino (ya que su contratación permite aumentar el empleo, captar nueva inversión extranjera...)

Esta práctica:

- Proporciona flexibilidad a la hora de fijar el alcance y los recursos dedicados en un asunto concreto, permitiendo *estructuras líquidas* que se adaptan a las necesidades del cliente sin que esto conlleve tener una amplia plantilla.
- Da la posibilidad de captar talento específicamente cualificado y por proyectos. Aunque esto pudiera ir en detrimento de las profesionales *in house* de la firma que podría reducir su plantilla.
- Permite reducir los tiempos de respuesta y cumplir plazos utilizando dos franjas horarias diferentes.
- Obliga necesariamente al uso del Legal Project Management, para ser capaces de asegurar los parámetros de calidad y definir claramente el alcance de las tareas a externalizar. Una mala praxis, puede generar un daño reputacional importantísimo a la firma filial.
- Debe adaptarse a la normativa en cuanto a la confidencialidad y tratamiento de datos por un tercero y requerir la aceptación del cliente de esta cesión, ya que el país de destino puede contener un marco normativo diferente.
- Prestar especial cuidado en la elección de la tecnología, las personas, el establecimiento de protocolos de comunicación y la seguridad por medio del desarrollo de soluciones tecnológicas avanzadas que satisfagan las nuevas demandas.
- Evitar conflictos de interés que pueden producirse si la compañía offshore lleva muchos asuntos y clientes.

> El 'outsourcing' consiste en externalizar determinadas tareas de los departamentos legales corporativos o de firmas

Legal Interim Management (LIM)

El Legal Interim Management o Part Time Legal Management conlleva incorporar temporalmente a nivel interno en una organización (asesorías jurídicas de empresa o firmas), a un abogado para un proyecto concreto y así proporcionar apoyo adicional al departamento legal. Se trata de una práctica muy extendida desde hace tiempo en el mundo anglosajón, Bélgica o Luxemburgo, entre otros.

Algunos encuentran el origen de la figura del *Interim Management e*n el siglo III AC. en la época romana, en la que los antiguos publicanos romanos eran contratados para erigir o mantener edificios públicos, suministrar ejércitos en el extranjero o recaudar ciertos impuestos (diezmos y costumbres). La práctica moderna empezó a mediados de la década de 1970, cuando dejar de contar con un empleado en los Países Bajos suponía un gran coste, por lo que la contratación de gerentes puntuales fue una solución.

Algunas de las características de esta figura aplicada al sector legal son:

- Implica por un lado flexibilidad y reducción de costes ya que da la posibilidad de no tener que encontrar una solución permanente para un problema temporal, como pudieran ser picos de trabajo, una baja o la falta de recursos de personal para el proyecto concreto, proyectos muy especializados...
- El control de calidad se hace más sencillo porque el abogado trabaja *in house* durante la duración del LIM y no sólo tiene la versión parcial del abogado externo.
- El perfil del abogado es de un profesional cualificado con gran experiencia y conocimiento concreto en la materia específica lo que implica que su gestión suele ser más productiva, rápida y eficiente que la de un perfil medio.
- Debemos dimensionar el proyecto para identificar el alcance del LIM, de ahí que el uso del Project Management sea crucial para poder definir las necesidades a cubrir con los servicios, plazos, entregas.

En definitiva, la globalización, el avance de la tecnología, la necesidad de equipos multidisciplinares para abarcar los proyectos... hacen que estos modelos deban de ser tenidos en cuenta para dotar de competitividad a los servicios jurídicos, en base a recursos externos o internos temporales.

TELARAÑA

El Ejecutivo y ESADE Aptissimi premian la trayectoria profesional de dos grandes figuras del despacho Roca Junyent

Miquel Roca, Socio Fundador y Presidente de Roca Junyent, recibió la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, otorgada por el Ejecutivo a propuesta del ministro de Justicia, para premiar «los relevantes méritos contraídos por cuantos intervienen en la Administración de Justicia» y en su aplicación en el estudio del Derecho en todas sus ramas.

En una ceremonia celebrada en Madrid, el ministro de Justicia, Rafael Catalá, impuso a Miquel Roca la *Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort,* en reconocimiento a su labor y experiencia en el ejercicio de la profesión y la práctica jurídica, iniciada hace más de cincuenta años en los distintos ámbitos del Derecho de los Negocios y especialmente en el Derecho Administrativo y Urbanístico.

Además de la *Gran Cruz de San Raimundo*, la labor y aportación de Miquel Roca ha sido reconocida con la *Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica*, la *Orden del Mérito Constitucional*, el *Gran Collar de la Orden del Mérito Civil*, *la Creu de Sant Jordi de la Generalitat de Catalunya* y la *Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía*, concedida por el Consejo General de la Abogacía española (2015), entre otros.

Por su parte, Luis Enrique de la Villa recibió el *Premio Aptissimi* de ESADE, a la mejor trayectoria profesional en una gala que contó también con la presencia del ministro de Justicia. Luis Enrique de la Villa, catedrático de Derecho del Trabajo y una eminencia en el mundo docente, lleva 56 años ejerciendo la Abogacía, primero en el despacho que él mismo fundó y desde 2012 como socio de Roca Junyent.

El jurado de los *Premios Aptissimi*, compuesto por representantes de los principales despachos de abogados, empresas e instituciones, reconocía la «extraordinaria trayectoria profesional de Luis Enrique de la Villa en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Un reconocimiento a su extensa aportación bibliográfica y faceta docente, que ha contribuido a la formación de juristas, y a su desempeño como abogado, profesión que ha ejercido desde la perspectiva más social del derecho de los negocios».

En la ceremonia de entrega del premio, de la Villa agradeció el reconocimiento y lo extendió al conjunto del despacho Roca Junyent: «Entiendo este galardón como un premio corporativo a todo el despacho, con el que día tras día y con ilusión tratamos de conseguir la excelencia en nuestra actividad».

Miquel Roca, junto al ministro de Justicia, tras haberle sido impuesta la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.

Luis Enrique de la Villa, recibiendo el premio Aptissimi de ESADE a la mejor trayectoria profesional.

Deloitte Legal, mejor 'Firma Fiscal española en 2017' en los European Tax Awards

Deloitte Legal se alza con el premio a *Mejor Firma Fiscal en España en 2017*, otorgado por el analista británico International Tax Review en la decimotercera edición de los *European Tax Awards*, celebrados en Londres.

Brian Leonard, socio del despacho, responsable del área fiscal, y Juan Ignacio de Molina, socio responsable de la práctica de *Transfer Pricing*, fueron los encargados de asistir a la gala, celebrada el jueves 18 de mayo en Londres, en la que se congregaron representantes de numerosos despachos de abogados, firmas y empresas de toda Europa.

Se trata de la segunda vez que el despacho recibe esta distinción, tras el éxito conseguido en 2015. Deloitte Legal compitió por el premio dentro de una lista de ocho despachos españoles internacionales.

Asimismo, Deloitte Legal consiguió quedar finalista en las categorías de *Mejor Firma española en Precios de Transferencia*, premio que ya se ha conseguido en cuatro ocasiones, y por primera vez en la categoría de *Mejor Despacho en Innovación Fiscal* en toda Europa.

El objetivo de estos galardones, convocados anualmente por International Tax Review, es reconocer la excelencia en materia tributaria de los despachos europeos y destacar las operaciones más relevantes del ejercicio, tanto por tamaño como complejidad y enfoque innovador.

Juan Ignacio de Molina, socio de la práctica de Precios de Transferencia de Deloitte Legal, recoge el premio a mejor firma fiscal en España en 2017

Monereo Meyer Marinel-lo Abogados refuerza sus áreas de inmobiliario, contencioso y medioambiente con Andoni Archanco Ardanaz

Monereo Meyer Marinel-lo Abogados, firma que se enfoca en el asesoramiento a empresas extranjeras, en especial alemanas, austríacas y suizas, acaba de incorporar a Andoni Archanco Ardanaz en area de inmobiliario, contencioso y medioambiente.

Andoni es licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra, y posee un máster en Ordenación del Territorio y Urbanismo por la Universidad San Pablo CEU de Madrid. Es miembro ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona (MICAP) desde el año 2008 y desde 2017 del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid). Sus lenguas de trabajo son español, vasco, inglés y portugués.

ECIJA refuerza su equipo de Procesal con la incorporación de Jordi Pujante

Dentro de su estrategia de crecimiento, ECIJA ha incorporado a Jordi Pujante para liderar la práctica de derecho procesal en la oficina de Barcelona. Con su llegada, el equipo de litigación y arbitraje de la firma, suma ya 6 socios y más de 20 abogados. ECIJA suma este 2017 la incorporación de 5 nuevos socios en distintas áreas de práctica, alcanzando la cifra de 26 socios y más de 130 profesionales en las oficinas de Madrid, Barcelona, Santiago de Chile y Miami.

Jordi Pujante, socio durante 10 años en Roca Junyent, cuenta con más de veinte años de experiencia como abogado en ejercicio especializado en Derecho Procesal Civil, Mercantil y Arbitraje. Es además profesor en distintas universidades y escuelas de negocio, y colaborador habitual en prensa especializada.

En palabras de Gabriel Nadal, socio director de la oficina de ECIJA en Barcelona «la llegada de Jordi como refuerzo del área de Procesal supone un paso más en nuestra estrategia corporativa de crecimiento a corto plazo y en nuestro posicionamiento como firma *full service* en el panorama nacional e internacional». Según Jordi Pujante «es una gran satisfacción para mi formar parte de ECIJA y sumarme a este ilusionante proyecto que tan buen momento atraviesa.»

Cremades&Calvo Sotelo inaugura su nuevo despacho en Pamplona

El pasado 5 de junio tuvo lugar el acto de inauguración del nuevo despacho en Pamplona de la prestigiosa firma legal Cremades&Calvo Sotelo. Las oficinas se encuentran localizadas en el céntrico edificio Monsa de la capital navarra. El acto de inauguración, contó con la presencia de más de cien personas, entre las que destacaban empresarios, abogados, notarios y jueces.

Además de la inauguración de las nuevas oficinas, el evento sirvió de marco ideal para presentar la incorporación a la firma de cuatro nuevos socios navarros: Miguel Salcedo, Jesús María Bayo, María Marqués e Ignacio Marqués que, junto con Paula del Burgo y Arturo del Burgo, componen el equipo del despacho en Pamplona.

Arturo del Burgo, socio director, afirmó en la presentación que «con las nuevas incorporaciones conseguimos el objetivo que nos habíamos marcado desde la firma, contar con un despacho multidisciplinar en Pamplona, capaz de atender cualquier problema jurídico que pueda tener un cliente». Destacó asimismo «el valor que supone para empresas y particulares navarros el contar con un despacho de abogados que tiene presencia en toda España así como en países como Francia, Israel, Chile o Marruecos, entre otros».

Javier Cremades, presidente de Cremades&Calvo Sotelo, señaló que «la abogacía vive un momento crucial en el que deben adaptarse al mundo globalizado en el que vivimos», señalando que los grandes despachos, «deben llegar también a ciudades como Pamplona, contribuyendo a trabajar por el bien común, por la defensa de la Justicia». Señaló que «los clientes tienen actualmente necesidades acordes al mundo en que vivimos. De ahí la importancia de prestarles un asesoramiento global, más allá de las fronteras, capaz de resolverles problemas en todas las áreas del Derecho y en cualquier ámbito territorial».

De izquierda a derecha, Jesús María Bayo, Paula del Burgo, María Marqués, Ignacio Marqués, Javier Cremades, Arturo del Burgo y Miguel Salcedo.

Victoria Ortega, inaugura el congreso nacional de ETL GLOBAL, que puso en debate el futuro de las profesiones jurídicas

La presidenta del CGAE, Victoria Ortega, inauguró el congreso nacional de ETL GLOBAL, que puso en debate el futuro de las profesiones jurídicas. Durante su intervención, Victoria Ortega señaló que, si bien existen muchas y diferentes reflexiones sobre el futuro de las profesiones jurídicas, especialmente de la Abogacía, «la experiencia demuestra que hay una reflexión común, y es que la profesión de abogado exige una voluntad de servicio notable y permanente a los ciudadanos».

En su opinión, «este debe ser el punto de partida para debatir sobre el presente y futuro de la profesión» dentro de un «mundo global, interconectado con todos, que presenta retos como la necesidad de crear equipos multidisciplinares y multinacionales». A este respecto, Ortega señaló que «es necesario tener una capacidad de respuesta que esté a la altura de la altísima tecnificación de nuestro entorno».

También participó en el evento María Emilia Casas, of counsel de EJASO ETL GLOBAL y expresidenta del Tribunal Constitucional, para quien «la calidad y el compromiso ético son los ingredientes esenciales del futuro que debemos construir».

En la misma línea, Álvaro Hernando de Larramendi, socio fundador de EJASO ETL GLOBAL, señaló la necesidad de que la calidad presida todas las actividades. Una calidad, dijo, que se obtiene «de nuestro trabajo diario en las distintas actividades que realizamos con el máximo rigor».

El congreso alternó ponencias de expertos externos en varias materias e intervenciones de miembros del conjunto de la firma como las del CEO de ETL GLOBAL International, Christian Gorny y del CEO de ETL GLOBAL en España, Juan Bermúdez, que señalaron que los objetivos inmediatos de la firma pasan, entre otros, por «incrementar la rentabilidad de nuestros despachos y crear una marca de reconocido prestigio en España para las medianas empresas». Como herramientas para alcanzar estos objetivos, ETL GLOBAL persigue continuar su expansión en España e implementar soluciones informáticas verticales para acceder a los sectores específicos de la economía.

Victoria Ortega durante si intervención.

El congreso contó con las ponencias de diferentes expertos como el asesor de asesores Oriol López, el periodista y consultor Carlos García-León, o el periodista, escritor y exfutbolista José Antonio Martín Otín, *Petón*, que trataron temas como la necesidad de tener una mentalidad proactiva, la importancia de la reputación y la comunicación en el sector legal o la motivación para alcanzar metas, respectivamente.

Fue clausurado por el secretario general técnico del Ministerio de Justicia, José Amérigo Alonso, quien puso en valor el papel de organizaciones como ETL GLOBAL, en tanto que, «es de suma importancia en un mercado cambiante adaptarse a las nuevas circunstancias» y desde esa perspectiva, «los despachos que afianzan alianzas internacionales tienen más posibilidades de prestar un servicio completo a sus clientes».

El ministro de Justicia preside la sesión inaugural de la Academia de Práctica Jurídica Europea

El 24 de mayo, el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid, acogió la sesión inaugural de la Academia de Práctica Jurídica Europea (APJE). El ministro de Justicia, Rafael Catalá, presidió el acto, que contó con la participación de Ana Palacio, consejera electiva de Estado; Ignacio Ulloa, Leopoldo Calvo-Sotelo y Rafael García-Valdecasas, jueces del Tribunal General de la UE, y José Ángel Martínez Sanchiz, presidente del Consejo General del Notariado y decano del Colegio Notarial anfitrión.

En la inauguración, Martínez Sanchiz resaltó el compromiso ancestral del Notariado con el espíritu comunitario: «los notarios constituimos una institución plenamente europea desde el siglo XIII. Aquellos escribanos conciliaban las costumbres locales con el Derecho Romano común, en una situación *similar* a la que vivimos ahora al estar sujetos a los Reglamentos (de sucesiones transfronterizas, de Roma...) y tratados comunitarios».

Por su parte, el ministro Rafael Catalá, puso en valor la misión de la APJE para difundir la labor de los tribunales de la Unión Europea, «analizando su derecho procesal y jurisprudencia, materias en las que está creciendo un espacio jurídico común. El TJUE garantiza el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los diferentes tratados nacionales. Es el intérprete supremo, aunque no exclusivo, para construir Europa y unirla a través del Derecho. Estos tribunales aportan innovación a nuestro ordenamiento».

Con el recuerdo reciente de los últimos atentados de Manchester, Catalá apuntó que «Europa está deseosa de una convivencia pacífica y de un sistema de libertades protegido por el Estado de Derecho. La Ley, la Justicia –con un derecho correctamente aplicado por todos los operadores– y una fuerte Unidad son la mejor respuesta a los que quieren someter al mundo libre frente al terror».

La clausura correrá a cargo de José Manuel García Collantes, presidente del Consejo de los Notariados de la Unión Europea; mientras que la notaria y letrada adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado, Ana Fernández-Tresguerres, pronunciará una ponencia sobre la 'La aplicación y nuevas perspectivas de la cooperación judicial en materia civil'.

Iterlegis, headhunter en la gala GC Powerlist, que reconoce a los mejores equipos de Asesoría Jurídica de Empresa en Iberia

Iterlegis estuvo presente en la gala *GC Powerlist*, ranking de Legal 500 que reconoce a los mejores equipos de Asesoría Jurídica de Empresa en España y Portugal, celebrada el pasado 8 de junio en la terraza del Casino de Madrid.

Silvia Pérez-Navarro comentó a propósito de la gala, que «en los últimos años, hemos sido testigos de la impresionante evolución de los perfiles para asesoría jurídica de empresa, fruto de todos los retos que afrontan las corporaciones a partir del comienzo de la crisis. Puedo asegurar que hemos contribuido en muchos de los mejores departamentos, proporcionando talento legal de primera clase». Para María Burgos, consultora de Iterlegis, «ha sido un placer poder proponer para este ranking de excelencia a abogados cuyos perfiles en ocasiones he visto crecer y desarrollarse. La confirmación de la calidad de nuestras nominaciones por parte de Legal 500 es un signo de que estamos trabajando en la dirección correcta para nuestros clientes y candidatos».

Los equipos de research de Legal 500, han elaborado la GC Powerlist en base a las nominaciones de Iterlegis y los co-sponsors, llegando a una lista de equipos que han proporcionado un respaldo sobresaliente e innovador a sus empresas en una amplia gama de áreas. Para David Burgess Publishing Director The Legal 500 Series «estamos convencidos de que la comunidad jurídica interna ibérica está entre las más fuertes a nivel mundial».

Terraza del Casino de Madrid, durante la gala.

AUMENTA TU CONOCIMIENTO EN MATERIA COMPLIANCE

COMPLIANCE. GUÍA PRÁCTICA DE IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE RIESGOS

Recopila las herramientas necesarias para poder hacer un chequeo de todos los riesgos que pueden derivar en una responsabilidad penal de su compañía. Ofrece Guías que ayudan a la gestión de los riesgos una vez identificados.

1ª edición
MARCA: Thomson Reuters Aranzadi.
ISBN: 978-84-9152-686-5.
PVP DÚO C/IVA:75,00 € · PVP PROVIEW C/IVA: 35,95 €

INFÓRMATE EN:
masinfo@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es/es/tienda.html

DÚO

Director: Javier Moscoso del Prado. **Director adjunto:** Carlos Balanza Nájera. **Coordinación contenidos:** Juan Iribas Sánchez de Boado e Inés Larrayoz Sola. **Redacción y diseño:** Thomson Reuters. **Publicidad:** Diana Serón. **Imprime:** Rodona Industria Gráfica S.L. Editorial Aranzadi S.A.U., 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**

SIN LA TOGA

Sara Bento San Román, *responsable de la Gestión del Conocimiento en Pérez-Llorca*

"Trabajamos en proyectos innovadores en busca de soluciones integradas"

Actualidad Jurídica Aranzadi

¿Cómo definirá usted su trabajo como responsable de gestión del conocimiento en Pérez-Llorca? ¿Con qué óptica afronta su trabajo cada día?

Como responsable de uno de los departamentos clave de Perez-Llorca, la *Gestión del Conocimiento,* que garantiza los más de 30 años de experiencia de la firma, Sara Bento mira la profesión desde una óptica que combina técnica, tecnología y saber. Apoyada en las herramientas de Thomson Reuters, «intento que el departamento que coordino sea un pilar para los abogados en el que se puedan apoyar para desempeñar su trabajo de forma más eficiente». Su trabajo es complejo y se basa en las dinámicas gestoras: de información, de personas y de procesos.

La Gestión del Conocimiento es un trabajo en donde confluyen junto con la responsabilidad, el análisis, el rigor, la organización y la creatividad. Conseguir organizar el conocimiento en una compañía, es una tarea que implica gestionar información (soportes tecnológicos), gestionar personas (trasmisión del conocimiento) y gestionar procesos (flujo del conocimiento). Intento que el departamento que coordino sea un pilar para los abogados en el que se puedan apoyar para desempeñar su trabajo de forma más eficiente y buscando siempre aportar la máxima calidad a nuestros clientes. El área de KM de Pérez-Llorca, es la encargada de aglutinar todo el conocimiento del despacho, lo que nos convierte en garantes de los más de 30 años de experiencia de la firma.

> "La gestión del conocimiento es un trabajo en donde confluyen, junto con la responsabilidad, el análisis, el rigor, la organización y la creatividad"

¿Qué diferencia hay entre Gestión del Conocimiento y el archivo de documentación y biblioteca?

Las herramientas que ofrecen las tecnologías de documentación permiten potenciar la gestión del conocimiento en las empresas, apoyando en la recolección, la transferencia, la seguridad y la administración sistemática de la información. La Gestión del Conocimiento es todo el conjunto de procesos encaminados a esos fines, la biblioteca es una herramienta más.

¿Cuál cree que sea el mayor error que se puede cometer en el ámbito de la Gestión del Conocimiento?

No ser capaces de reconocer las necesidades de los abogados y por tanto, no poder ofrecerles las herramientas necesarias para lograr ser competitivos. El tiempo es un valor en alza, quitarles o restarles ese valor, sería muy negativo.

¿Qué papel tiene la tecnología en su trabajo?

Los gestores del conocimiento trabajamos conjuntamente en proyectos con TI impulsando la innovación. La tecnología, por tanto, ocupa un papel muy importante en el diseño de los procesos y herramientas de Gestión del Conocimiento.

Ustedes han diseñado un gestor documental que une todo el conocimiento jurídico externo que existe en el mercado junto al Know-how de la firma. ¿Nos podría hablar brevemente de este gestor?

Desde hace unos años, y fruto de la innovación, nuestro departamento de *Gestión del Conocimiento* trabaja en la mejora de productos propios y en el desarrollo de nuevas herramientas tecnológicas, que nos permiten mejorar los procesos y dotarlos de calidad. Por ello, y junto con proveedores globales de información jurídica de primer nivel, como Thomson Reuters, trabajamos en proyectos innovadores en busca de soluciones integradas a la medida de nuestros profesionales. Se trata de una base de datos que permite al abogado tener acceso tanto a la documentación jurídica externa (legislación, jurisprudencia, resoluciones...), como a sus modelos y precedentes internos. Además, y sin salir de la base de datos, también le permite tener acceso a toda una biblioteca jurídica digital, una amplia colección de libros digitales que recopilan la mejor doctrina de autores del momento.

¿Qué papel tienen los abogados de la firma en la Gestión del Conocimiento?; ¿cómo logra que evolucionen sus abogados?

Ellos tienen el conocimiento; su papel es fundamental. Por ello forman parte de los procesos de gestión y de su implicación depende el éxito de una buena gestión del conocimiento. Una óptima *gestión* permite a los abogados avanzar en su carrera profesional y ser mejores abogados, ya que tienen al alcance de un *clic,* todo el conocimiento y experiencia del despacho, lo que compaginado con el aprendizaje directo de otros compañeros y socios, forma un *tándem* enfocado a su desarrollo. También les permite tener más clientes y asesorar en más operaciones manteniendo la calidad en su asesoramiento y siendo más competitivos.

> "Una óptima gestión del conocimiento permite a los abogados avanzar en su carrera profesional y ser mejores abogados"

¿En qué medida considera que su trabajo es una pieza fundamental del aumento del protagonismo de l despacho en el escenario legal español?

En la medida en que somos capaces de proporcionar a los abogados los productos y las herramientas necesarias que les permiten prestar a los clientes un asesoramiento de mayor calidad en el menor tiempo posible.

CONSIGUE UN 10% DE DESCUENTO

T. 900 40 40 47
masinfo@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es/es/tienda.html

ACTUALÍZATE CON LA 3ª EDICIÓN DEL FORO ARANZADI **DERECHO DE FAMILIA**!

¿POR QUÉ DEBES ASISTIR?
- Se analizarán las últimas modificaciones legislativas.
- Dotamos de seguridad jurídica a los profesionales que se enfrentan a procedimientos de Derecho de Familia.
- Para actualizarte en temas como "Técnica de interposición de los recursos por infracción procesal y casación".

PROGRAMA
Problemática procesal en la primera instancia · Derecho Internacional de Familia · Medidas a adoptar en las sentencias de familia · Regímenes Económicos · Ejecución, apelación y casación · Derecho Sucesorio.

FORMACIÓN PRESENCIAL

the answer company™ THOMSON REUTERS®

RESERVA TU PLAZA AHORA