

Familia

Administrativo

Obligaciones
y Contratos

Arrendamientos
Urbanos

Tráfico

50 temas jurídicos
imprescindibles

Proceso
Civil

Penal

Inmobiliario

Propiedad
Horizontal

Laboral

Responsabilidad
Civil y Seguro

Los post más interesantes
del blog de **sepin**



Índice

Presentación	4
Administrativo	
Autorización judicial para entrada en domicilios: ¿y qué se entiende por domicilio?	5
El secreto profesional del abogado	11
La aportación de datos personales como medio de prueba en procesos judiciales	14
Expresiones del abogado: ¿frontera entre el ejercicio del derecho de defensa y la falta de respeto?.....	20
Arrendamientos Urbanos	
Desistimiento anticipado por arrendatario según fecha del contrato	23
El vaivén del Tribunal Supremo respecto a la duración de los contratos de arrendamiento	26
Obligación de certificación de eficiencia energética en los contratos de alquiler	28
¿Qué obras pueden repercutirse en un contrato posterior al Texto Refundido LAU 1964?	31
Extranjería	
Los problemas de la carta de invitación a un extranjero	33
¿Cabe la denegación de residencia al padre de menor español a su cargo que tiene antecedentes penales?	35
Familia	
Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación	39
Tablas orientadoras de las pensiones alimenticias	44
Pensión alimenticia: ¿suspensión o mínimo vital?.....	47
Adolescentes y visitas: ¿mejor flexibles?.....	51
Exigibilidad de la aportación del plan de parentalidad	53
Fiscal	
Se reitera, la novación de un crédito hipotecario queda exenta del ITP-AJD	56
Tributación de un despacho de abogados: economía de opción vs. fraude de ley	61
Inmobiliario	
La suspensión del lanzamiento en las ejecuciones hipotecarias	64
Devolución de las cantidades abonadas por la aplicación de una cláusula suelo que es declarada nula	67
¿Cómo y contra quién puede reclamar el comprador por los defectos en una vivienda de nueva construcción una vez entregada?	69
Laboral	
Se compensan económicamente las vacaciones no disfrutadas en caso de fallecimiento del trabajador	72
Salir de España hasta 90 días sin perder el paro	74

Proceso Civil

¿Basta con decir “no debo” como causa de oposición en el monitorio?.....	75
¿Puede el demandado aportar un dictamen pericial en la vista del verbal?.....	79
El monitorio y declarativo posterior, ¿cabe ampliación de la demanda y de la oposición?.....	83
Tasas judiciales en los procesos de familia: SOS	88

Mediación

Mediador y abogado, ¿colisión profesional?.....	101
Características de los acuerdos de mediación y consecuencias de su incumplimiento	104

Mercantil

El error en el consentimiento tras la mala praxis bancaria	108
Pagando por nada: las comisiones bancarias por números rojos	112

Nuevas Tecnologías

¿Pueden publicar fotos más tomadas en la playa?.....	114
Tres consejos para que tu imagen no se vea afectada después de las vacaciones	116

Obligaciones y Contratos

Las arras en el contrato de compraventa	119
Averías y vicios ocultos en la compraventa de vehículos entre particulares	121
Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos	124
Requisitos para la indemnización de daños y perjuicios	127

Penal

¿Adiós a la Justicia Universal?.....	129
La necesaria reforma de la regulación del indulto	135
Los juicios paralelos: presunción de inocencia vs. derecho a la información	138

Propiedad Horizontal

¿Se ha suprimido la unanimidad en los acuerdos comunitarios?.....	142
Comunidad de Propietarios: ¿Qué gastos comunes está obligado a pagar el nuevo propietario?.....	144
¿Qué hacer cuando el propietario moroso ha fallecido?.....	148
¿Por qué no funciona el arbitraje en las Comunidades de Propietarios?.....	150

Responsabilidad Civil

¿Cómo puedo conocer mis seguros de vida o los de un familiar fallecido?.....	153
¿Hay un seguro obligatorio para la vivienda? ¿Y para el edificio?.....	156

Tráfico

¿Pueden sancionarme por pasar un semáforo en ámbar?.....	158
Circular sin pasar la ITV: ya no será necesario que nos paren para ser multados	160
Irregularidades para recurrir multas de radares por exceso de velocidad	166

Violencia Doméstica

El interés del menor y las visitas y comunicaciones en casos de violencia doméstica	172
Las nuevas tecnologías: una vía más para la violencia contra las mujeres.....	175

Presentación

Desde que el blog de **sepín** inició su andadura, el 5 de julio de 2012, se han publicado en él más de 350 post, con un creciente número de visitas que ni los más optimistas podían llegar a imaginar.

Estamos convencidos de que la calidad jurídica y la minuciosa selección de los temas tratados, primando siempre la actualidad y el interés tanto del profesional del Derecho como del ciudadano que se acerca a la red en busca de información sobre problemas jurídicos de su vida cotidiana, han sido las claves de su enorme éxito.

Prueba evidente de lo que decimos es que post como *"¿Hasta cuándo se debe pagar la pensión alimenticia de los hijos?"* o *"¿Pueden sancionarme por pasar un semáforo en ámbar?"* han superado ampliamente las 20.000 visitas. Asimismo, otros dirigidos a un perfil exclusivamente profesional, como *"Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos"* o *"El nuevo quórum para la instalación del ascensor en una Comunidad de Propietarios"*, prácticamente alcanzan también esa cifra.

En este e-book que publica sepín realizamos una selección de los 50 post que consideramos de mayor interés para todos, no solo por su índice de visitas, sino también por la temática tratada y la perdurabilidad en el tiempo.

Muchos de ellos recogen legislación y citas de jurisprudencia del tema de referencia que permiten un acercamiento rápido y eficaz a asuntos de gran calado jurídico.

Nos atrevemos a decir que estos post, firmados por especialistas de amplia experiencia en cada una de las materias, son una nueva forma de enfocar los temas jurídicos y permiten, sin pérdida alguna de rigor, encontrar información y respuestas sobre temas de actualidad.

Estamos seguros de que no os vamos a defraudar y os invitamos a que sigáis visitando nuestro blog, que os permitirá estar al día en asuntos jurídicos, en un tono más informal, pero con la calidad propia del sello **sepín**.

¡Gracias por seguir haciéndonos crecer un año más!

Alberto Torres López
Director Jurídico de **sepín**

Autorización judicial para entrada en domicilios: ¿y qué se entiende por domicilio?

Por todos es sabido que la [Constitución Española](#) consagra, en su art. 18.2, el Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio y lo hace en los siguientes términos: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

La doctrina constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio ha remarcado la necesidad de su protección en cuanto espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea y por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona con el derecho a la intimidad que veda toda intromisión y, en concreto la entrada y el registro en ella y de ella. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha confirmado en numerosísimas ocasiones que este derecho fundamental no es absoluto sino que limita no sólo “con los demás derechos” sino también “con los derechos de los demás” y por ello su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias, como consentimiento del titular, delito flagrante y autorización judicial.

Dejando a un lado los supuestos de entradas en domicilio en el seno de investigaciones penales, nos ocuparemos aquí de las entradas en domicilios para la ejecución de actos administrativos, circunstancia ésta prevista en el art. 96 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) según el cual, cuando para la ejecución forzosa de los actos administrativos fuera necesario entrar en el domicilio del afectado “las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”.

Visto que constitucional y legalmente se protege el derecho a la

inviolabilidad del domicilio, el objetivo de este post no es otro que el de tratar de despejar ciertas dudas sobre qué debe entenderse como domicilio a efectos de esta protección.

Pues bien, si acudimos al [Código Civil](#) el mismo nos otorga la siguiente definición legal en su art. 40: "...el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Si nos atuviéramos a esta definición, nos surgirían rápidamente dos incógnitas: ¿sólo están protegidos los domicilios de las personas físicas? y, ¿si un domicilio no constituye residencia habitual no se puede predicar del mismo el derecho a su inviolabilidad?. Veremos a continuación como ambas preguntas merecerán una respuesta negativa.

A la luz de esta doctrina, el Tribunal Supremo ha ayudado a perfilar aun más el ámbito del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. En concreto, la Sala Tercera del alto Tribunal señaló, en su Sentencia [de 30 de septiembre de 2010](#), que tenían la consideración de domicilio, a efectos de la protección constitucional otorgada por el art. 18.2 de la Constitución respecto de las personas jurídicas, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerciera la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvieran de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, y todo ello "con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado".

En cambio, prosigue el Supremo, "no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no esté vinculada con la dirección de la sociedad ni sirva a la custodia de su documentación. Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares".

Analizado el caso del domicilio de las personas jurídicas, la segunda interrogante que se nos generaba de utilizar el concepto de domicilio que nos ofrece el Código Civil –art. 40- es la de determinar si únicamente goza de protección constitucional el domicilio que constituya "residencia

habitual” del interesado; como adelantábamos, la respuesta en este caso también debe ser negativa.

El propio Tribunal Constitucional se ha manifestado en el sentido de afirmar que la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones; añadiendo que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo. En concreto, sobre la “habitualidad en el uso del domicilio”, el máximo interprete de la Norma fundamental, indico en su [STC 10/2002, de 17 de enero de 2002](#) que “ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio (...) Igualmente, hemos señalado, que “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza”, pues “la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros” (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).”

En el concreto caso analizado en la parcialmente transcrita sentencia, el TC entendió que las habitaciones de los hoteles podían constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquellos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables

genéricamente en la vida privada.

En otro caso paradigmático, el [Tribunal Superior de Justicia de Canarias – Sentencia de 11-9-2006](#) - anuló una actuación municipal que había consistido en el acceso de un policía local a una vivienda en obras, con el único consentimiento de uno de los trabajadores de la construcción que se encontraban allí; la defensa del Ayuntamiento consistía en afirmar que no estábamos ante un domicilio cuya entrada requiriera consentimiento del titular o autorización judicial porque las obras de reparación integral de la casa evidenciaban que no se encontraba en condiciones de ser habitada; el TSJ reprende la actuación administrativa exponiendo que aunque la vivienda estuviese desocupada por razón de las obras, y los moradores la hubiesen abandonado temporalmente o, aunque no fuese el lugar de residencia habitual a que se refiere el artículo 40 del CC, se estaba ante un espacio físico donde el ciudadano vive o puede vivir y donde solo, con su familia, o con quien le de la gana, puede ejercer libremente su derecho de privacidad desplegando las distintas actividades de estancia y ocio; concluye afirmando la Sentencia que lo decisivo era que se trataba de un espacio privativo, y que para el acceso al mismo era necesario el consentimiento del titular o autorización judicial, tanto si era su vivienda habitual como si no lo era, tanto si en ese momento la había dejado temporal o definitivamente, y tanto si se estaban realizando o no se realizaban obras en su interior.

Lo dicho hasta el momento permite –o al menos esa constituía mi intención- arrojar cierta claridad sobre el ámbito de protección del Derecho Fundamental consagrado en el art. 18.2 CE. Pero la casuística es muy rica, y por lo tanto, siempre resultará necesario -o al menos aconsejable- un estudio pormenorizado del caso; por ello, no quería cerrar este post sin ofrecer algunos ejemplos jurisprudenciales que ponen de manifiesto esta necesidad de estudio pormenorizado:

-Entrada en fincas expropiadas:

El TSJ de Baleares, autorizó la entrada en una finca que había sido objeto de expropiación y que no había sido entregada voluntariamente por el propietario expropiado. En su Sentencia, el Tribunal pone de manifiesto que si ninguna duda cabe sobre la necesidad de obtener autorización de entrada para la ejecución de actos administrativos en el domicilio en sentido estricto, incluyendo como tal no sólo a la vivienda, sino también

a sus aledaños, como el jardín o el garaje, la cuestión no parece tan clara con los supuestos de lugares tales como obras e instalaciones, fincas rústicas, naves industriales, canteras, entre otros, donde la Administración Pública ha de llevar a cabo actos de inspección o de ejecución forzosa sin necesidad de abandonar su fuero propio inherente al principio de autotutela ejecutiva. [TSJ Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, 17-9-2010.](#)

En parecidos términos el [TSJ Aragón, Sec. 1.ª, en Sentencia de 19-12-2008](#) , también concedió autorización de entrada para la ocupación de varias fincas afectadas por la ejecución del sistema general previsto en el PGOU.

Por el Contrario, la [Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Cataluña](#) fue más contundente, en su Sentencia de 30-7-2008, al considerar que “tratándose de la ocupación parcial de una finca rústica, en la que el recurrente no tiene su morada, la Administración podía ocupar la finca sin necesidad de pedir el auxilio judicial y la autorización de entrada en domicilio”.

-Infraviviendas:

El TSJ de Madrid denegó la autorización de entrada solicitada por el Ayuntamiento para desalojar a un indigente que vivía bajo un paso elevado. El ayuntamiento solicitó autorización al entender que se podría estar un asentamiento con vocación de permanencia, por lo que podría considerarse como domicilio. Sin embargo, tanto el Juzgado como posteriormente el TSJ en apelación denegaron la autorización al entender que, con independencia del ejercicio de las competencias en orden al desalojo y ocupación ilegal de las vías públicas, incluidos los espacios bajo puentes o pasos elevados, del expediente administrativo no se desprendía que se estuviera ante la ocupación de la vía pública con algún tipo de instalación, siquiera infravivienda, con carácter propio, cerrado, exclusivo o privado. [TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2.ª, 8-11-2012](#) .

-Terraza comunitaria de Edificio:

Tras concederse por el Juzgado de lo Contencioso una autorización de entrada para llevar a cabo el precinto de unas obras que se estaban ejecutando en la terraza del edificio, dicha resolución se recurrió por la

entidad dueña de las obras; la [Sección 1.ª, del TSJ de Castilla-La Mancha](#), en su sentencia de 4-7-2001, no sólo ratificó la autorización sino que expresó lo siguiente: "...a la vista de la petición de entrada y lugar donde se iba a efectuar, se pone de manifiesto la innecesariedad tanto de la petición como de la autorización judicial consiguiente, pues el lugar al que se iba a acceder para el precinto de la obra, la terraza del edificio sito en C/ ____ no constituye domicilio privado o asimilado de Retevisión S.A.; constituye un elemento común perteneciente a la Comunidad de Propietarios de dicho edificio, y si alguna autorización procedía, correspondía otorgarla a la propiedad, esto es, a la Comunidad representada por un Presidente; autorización que efectivamente fue dada el 4 de Octubre de 2000 (folio 30 del expediente). Consecuentemente carecía de sentido tanto la petición como la autorización".

Julián López Martínez
Director de Sepín Administrativo. Abogado

El secreto profesional del abogado

“Todo lo que me cuente quedará amparado por el secreto profesional” parece una frase típica de un thriller pero no es ni mucho menos sólo eso, sino que es un deber inexcusable que pesa sobre quienes decidimos emprender el ejercicio de la abogacía. A la par, se configura simultáneamente como un derecho a no declarar sobre hechos que queden bajo la tutela de dicho secreto profesional.

La propia [Constitución Española de 1978](#) recoge una de las manifestaciones de esta obligación de secreto, al reflejar en su art. 24 que “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

También la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) nos recuerda este cometido al indicar en su art. 542.3 que “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”, para inmediatamente después afirmar que no podemos “ser obligados a declarar sobre los mismos”.

Como no podía ser de otra forma, nuestro régimen jurídico propio viene a desarrollar de forma más pormenorizada el secreto profesional; dicho régimen viene constituido tanto por el [Estatuto General de la Abogacía](#) aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, como por el [Código Deontológico](#) al que estamos sometidos, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27 de septiembre de 2002.

En la primera de las normas citadas se distinguen hasta tres manifestaciones del secreto profesional: de carácter general, respecto a los letrados contrarios y, por último, respecto al propio cliente.

Y en efecto, el secreto profesional no sólo protege las manifestaciones que nos confían nuestros defendidos sino que también se extiende a las conversaciones mantenidas con el letrado de la parte contraria.

Así aborda el Estatuto General de la Abogacía las tres aludidas manifestaciones del secreto profesional:

-El art. 32, de conformidad con lo ya proclamado en la LOPJ, indica que los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

-Por su parte, el art. 34 acomete la cuestión desde la perspectiva de las relaciones con los letrados contrarios, exigiéndonos “mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento”.

Vemos como expresamente, esta obligación de sigilo no sólo se refiere a conversaciones sino también a la correspondencia mantenida con el letrado de la parte contraria, que tampoco lógicamente podrá ser utilizada como prueba en juicio, si bien el propio art. 34 establece una cautela especial al indicar que la Junta de Gobierno del Colegio podrá discrecionalmente autorizar su revelación o presentación en juicio sin dicho consentimiento previo, “por causa grave”.

-Por último el Estatuto de la Abogacía dedica su art. 42 al compromiso de secreto respecto del propio cliente.

Repasada ya gran parte de la normativa que en España regula esa afirmación tan recurrentemente utilizada en el mundo del cine a la que hacía referencia al comienzo de este post, queda por hacer referencia al precepto que, sin lugar a dudas, con mayor detalle determina el alcance del secreto profesional. Me estoy refiriendo al art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía, que añade importantes novedades respecto a los aspectos generales vistos hasta ahora.

Así, el deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas que nos formule el cliente o el adversario.

Igualmente, el Código Deontológico al que estamos sometidos nos impide no sólo aportar a los tribunales las cartas, comunicaciones o notas que recibamos del abogado de la otra parte, sino que tampoco podremos facilitárselas a nuestros propios clientes, salvo, claro está, que recibamos autorización expresa de su remitente.

El Código de deontología proscribire de forma expresa la grabación sin previa advertencia y aceptación de las conversaciones mantenidas con nuestros clientes, los contrarios o sus abogados, ya hayan tenido lugar estas de forma personal, telefónica o telemática.

Por último, nuestro Código Deontológico establece dos premisas que no debemos olvidar; por un lado, que el deber del secreto se mantendrá incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin ningún tipo de limitación temporal; en segundo lugar, que ese deber de secreto no sólo nos afecta a nosotros sino también a los compañeros del despacho, en el caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva.

El incumplimiento del secreto profesional, en su vertiente de deber, lleva lógicamente aparejado la aplicación del régimen sancionador previsto en el Estatuto General de la Abogacía, pudiendo dar lugar a sanciones que van desde la suspensión temporal del ejercicio de la abogacía al mero apercibimiento, pasando por la expulsión del Colegio, dependiendo de la calificación que merezcan los hechos imputados: muy grave (art. 84.c), grave (art. 85.g), o leve (art. 86.d).

Julián López Martínez
Director de Sepín Administrativo. Abogado

La aportación de datos personales como medio de prueba en procesos judiciales

Recientemente, tuve ocasión de leer una [sentencia](#) dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (SP/SENT/744312) dictada en un pleito sobre modificación de medidas de divorcio; lo que me llamó la atención de aquella sentencia nada tiene que ver con lo que sus Señorías decidieron acerca de las pensiones alimenticias o el régimen de visitas, sino que, lo que centró mi interés, fue el razonamiento que el Tribunal decidió incluir como fundamento jurídico Tercero de su sentencia. En él la Audiencia Provincial afirmaba que el Juzgado de Instancia había vulnerado la Ley de Protección de Datos y el derecho a la intimidad de una de las partes; decía el citado Fundamento Jurídico lo siguiente: “Este tribunal debe señalar que durante la tramitación de los autos en primera instancia se ha vulnerado gravemente el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales según la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), concretamente con vulneración de los principios de no excesividad (art. 4.1 LOPD), especial protección de datos sensibles (art. 7.3 LOPD), etc., de la esposa del demandante, del ex esposo de la misma y de los hijos comunes de ambos, no solo con el consentimiento del juzgado sino bajo requerimiento indebido del mismo. Obran en autos demandas, contestaciones, informes psicológicos, etc., que no deberían haberse incorporado a ellos, según los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 283.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Todos esos documentos van mucho más allá de las resoluciones judiciales que resultaran relevantes para la coordinación con los regímenes de relación de los demás miembros de la familia extensa, pues ciertamente los litigantes tiene dos hijos, el demandante y su actual esposa, que tiene cuatro de su anterior matrimonio, tienen un hijo en común, y la demandada y su actual marido tienen una hija”.

Al margen de mis dudas sobre la oportunidad de que en el seno de un proceso civil, el Tribunal entre (además de oficio) a declarar infringida la legislación sobre protección datos, la lectura de dicha sentencia me motivó para abrir en el presente post un debate sobre el empleo, como

medio de prueba en defensa de los intereses de nuestros clientes, de datos personales de terceras personas, en la mayoría de los casos, de la parte contraria.

Por un lado, la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la [Constitución Española](#) engloba el derecho de todos “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Ahora bien, como suele ocurrir en multitud de ocasiones, el ejercicio de nuestros derechos fundamentales es susceptible de entrar en colisión con los derechos de otras personas, en cuyo caso deben ponderarse unos y otros.

Si acudimos al [artículo 6](#) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal –LOPD- vemos como éste exige el consentimiento “inequívoco” del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal, si bien añade en su último inciso el siguiente importante matiz “salvo que la ley disponga otra cosa”.

Otro precepto que debemos tener muy en cuenta para abordar esta cuestión es el artículo 11 de la propia LOPD, relativo a la comunicación de datos personales a terceros, según el cual “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, para añadir a continuación que dicho consentimiento no será necesario en una serie de supuestos, entre los que se recoge “Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas” [art. 11.2.d).]

Comentados los tres preceptos que mayor relación tienen con la cuestión, para enriquecer este pequeño debate considero de especial interés exponer algunos de los principales pronunciamientos efectuados tanto por la Agencia Española de Protección de Datos como por los órganos jurisdiccionales cuando han tenido ocasión de resolver sobre esta colisión de derechos en juego.

Del análisis de dichos pronunciamientos, podemos distinguir tres tipos de problemáticas: por un lado, los casos en los que el responsable del

fichero remite datos de carácter personal como consecuencia de un requerimiento directo del órgano judicial; en segundo lugar, los casos en los que el responsable del fichero comunica esos datos a una de las partes del proceso (o a su letrado) para que esta los utilice en el seno del juicio para la defensa de sus intereses y, un último supuesto, sería aquel en el que la propia parte incorpora al proceso datos personales de la contraria que están a su disposición.

-El primero de los casos es sin duda el que menos problemática debería generar si tenemos en cuenta la excepción al consentimiento contenida en el art. 11.2.d LOPD anteriormente citado. En efecto, tanto la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) como los Tribunales, han exonerado de responsabilidad a aquellas empresas o entidades, públicas o privadas, que ponían en conocimiento del Juzgado datos personales de una de las partes, sin el consentimiento de esta, pero a requerimiento de la autoridad judicial.

A modo de ejemplo, la AGPD en su Informe Jurídico 479/2005, se pronunciaba sobre la posibilidad de que la Agencia Tributaria aportara los datos de un contribuyente al seno de un proceso judicial. Decía la Agencia lo siguiente: “De lo dispuesto en el precepto transcrito (art. 11.2.d LOPD) se desprende que, con carácter general, siempre que una autoridad judicial considere necesaria la aportación de datos personales obrantes en poder de la Agencia Tributaria, en los términos que el propio Órgano determine, será necesario aportar dichos documentos, pudiendo resultar la decisión de la entidad a que se solicitara la información de no facilitarla o facilitarla parcialmente, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución, a cuyo tenor “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. En consecuencia, aún en el supuesto de que los datos personales requeridos por el Órgano judicial excedieren de los referidos a las partes de un proceso, dicha cesión se encontraría amparada por lo dispuesto en el transcrito artículo 11.2. d) de la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de la utilización de la reserva a favor del consultante de las acciones y recursos que en derecho pudieren corresponderle ante el Órgano Judicial, cesionario de dicha información, que a su vez la pone a disposición de las partes en litigio.”.

En el mismo sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de 7 de junio de 2012 -rec. 667/2010- resolvió un recurso interpuesto contra el Archivo de una denuncia por la AGPD; la denunciante y posteriormente recurrente pretendía que se sancionara a la Presidenta de un Tribunal Superior de Justicia y a la responsable de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, alegando que la Presidenta del TSJC había solicitado información patrimonial sobre ella a la AEAT, y ésta la había suministrado sin su consentimiento. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso, tras concluir lo siguiente: “Por tanto no considerándose preciso el consentimiento del interesado cuando la comunicación de datos tenga por destinatario los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, como sucedió en el presente caso, y tratándose de ejecutar una resolución judicial calificada de firme, en línea con lo señalado en el artículo 95.1.h) de la LGT , cuya copia se remitió a la Administración tributaria, no puede apreciarse vulneración de la LOPD por parte de la responsable de la AEAT denunciada, ni tampoco por parte de la Sra. Presidenta del TSJC”.

-Despejadas las dudas sobre la legalidad de la comunicación de datos a requerimiento directo del órgano judicial, veremos que la cuestión es radicalmente opuesta cuando la entidad que tiene en su poder los datos personales (responsable del fichero) los comunica para su aportación al proceso pero no a requerimiento del juzgado sino de una de las partes (o sus letrados); en estos casos, el estudio de la doctrina institucional y jurisprudencial nos lleva a concluir que si estaríamos ante hechos sancionables.

Un ejemplo lo encontraríamos en la Resolución 2413/2013 dictada por la AEPD en el procedimiento Sancionador 168/2013; en aquel caso, la afectada dirigía la denuncia contra la empresa en la que trabajaba, basándose la queja en que dicha empresa había facilitado a la abogado de su ex marido un certificado sobre su horario de trabajo, que ésta a su vez había aportado como prueba en el proceso de divorcio.

La empresa expedientada alegó en su defensa que la entidad responsable que dicho certificado se expidió porque fue solicitado por “una Abogada de Zaragoza” y se hizo porque la misma le indicó que “era necesario para aportarlo al Juzgado, y que se citaría judicialmente a la

representante de la empresa para que lo ratificara en juicio como testigo". Asimismo, manifestaba en su descargo, que de dicho certificado "exclusivamente tuvo conocimiento el Sr. Magistrado actuante y las partes del proceso de divorcio contencioso".

Pese a esos descargos, la empresa fue sancionada, por infracción del art. 10 de la LOPD relativa al deber de secreto, toda vez que el certificado se emitió a solicitud de una Abogada, y se realizó a nombre del ex cónyuge de la denunciante. Por tanto en este caso, no se trataba de facilitar documentación requerida por el órgano judicial (art. 11.2.d) LOPD), sino de la entrega a terceros de una información con una finalidad particular, ajena a los intereses de la entidad responsable.

En otro caso similar (Expediente 196/2007) la Agencia archivó la denuncia interpuesta contra la Tesorería General de la Seguridad Social porque no se consiguió acreditar que el informe sobre la vida laboral de la denunciante aportado por su marido en el juicio de divorcio hubiera sido facilitado por la TGSS "a solicitud de persona distinta a la propia denunciante".

-El tercer supuesto problemático es aquel en el que una de las partes (o sus letrado) aporta al proceso como medio de prueba documentos que obran en su poder y que contienen datos personales de la contraparte.

"la colisión que parece producirse entre los derechos fundamentales relativos a la protección de los datos (artículo 18.4 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 de la CE)justifica que se considera que la utilización de datos para la defensa de los intereses de los recurrentes en un juicio sobre reclamación de cantidad no sea contrario a los principios sobre protección de datos

Esta Sala en la sentencia correspondiente al recurso 312/2004 al valorar la cuestión relativa a la aportación en un pleito de datos de los que se disponía de modo ajeno al propio pleito afirmó que "A lo dicho hasta ahora debe unirse lo que resulta del artículo 24 de la Constitución cuando establece que "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

(...) También la sentencia correspondiente al recurso 1171/2003 admitió

la posibilidad de aportar a un pleito datos personales de los que conocía una compañía aseguradora para asegurar su derecho a la correcta defensa de sus intereses. Las mismas razones autorizan, pues, el empleo de los datos que fueran necesarios para que los demandantes en el pleito civil pudieran ejercer oportunamente su derecho a la defensa y de este modo se justifica la confirmación de la resolución de archivo y la desestimación de la demanda”.

Lógicamente, la AGPD también ha admitido la aportación de datos, sin consentimiento de su titular, como medio de prueba para la defensa de los intereses propios en juicio. En este sentido podemos citar el Expediente 1555/2007 que concluyó con un archivo de actuaciones. En ese caso, se denunciaba a una compañía aseguradora que se había valido de un detective privado y había aportado al juzgado grabaciones que demostraban el estado de salud de la parte contraria (lo cual era relevante a la hora de determinar si la compañía aseguradora tenía o no obligación de indemnizar al denunciante). La AEPD resolvió que “la exigibilidad del consentimiento del oponente para el tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el denunciante pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o su comunicación a la contraparte, puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de “los medios de prueba pertinentes para su defensa”, vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho”.

Julián López Martínez
Director de Sepín Administrativo. Abogado

Expresiones del abogado: ¿frontera entre el ejercicio del derecho de defensa y la falta de respeto?

La [Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial](#) prevé la posibilidad de imposición de sanciones a los letrados (y procuradores) que incumplan las obligaciones impuestas por esa norma orgánica y por el resto del ordenamiento procesal.

El catálogo de sanciones no es muy amplio: apercibimiento o multa económica –cuya cuantía máxima es la correspondiente a las faltas del Código Penal–, mientras que la competencia para la imposición de cualquiera de estas sanciones viene atribuida al Magistrado o Juez ante el que se sigan las actuaciones.

Sobre una de las conductas que pueden dar lugar a la imposición de estas sanciones y que aparecen enumeradas en el art. 553 LOPJ, quiero centrar el presente post. Concretamente me refiero a la posibilidad de sancionar a aquellos abogados que en su actuación forense faltasen al respeto a cualquiera de los intervinientes en el proceso, ya sean Jueces, Secretarios, Fiscales, Abogados contrarios o, incluso, a la partes.

Esta falta de respeto sancionable, específica la norma, puede cometerse tanto de forma oral, durante el debate procesal, como por escrito, con ocasión de manifestaciones vertidas en la demanda, contestación o cualquier otro escrito que presentemos ante el Tribunal.

La falta de respeto hacía los miembros del Tribunal o hacía otros compañeros no sólo puede dar lugar a la imposición de una sanción por la autoridad judicial sino que, también, el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por [RD 658/2001, de 22 de junio](#) contempla este tipo de actuaciones –véase arts. 34 d) y 36– como una infracción sancionable.

La mayor dificultad que pueden plantear estas situaciones es la de discernir entre cuándo una determinada manifestación formulada con mayor o menor vehemencia debe ser merecedora de reproche y cuando, por el contrario, debe encontrar cobijo y adecuado encaje en el legítimo

uso de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa de los derechos de nuestros clientes.

Por lo tanto, en el ejercicio del derecho de defensa de nuestros clientes gozamos de una libertad de expresión especialmente reforzada. Ahora bien, como el propio máximo interprete de la Constitución se encarga de aclarar en esta y otras resoluciones, no es un derecho ilimitado, pues esa beligerancia y exceso enérgico de nuestros argumentos sólo podrían admitirse en atención a “a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen”, y sin que en ningún caso pueda darse carta de legitimidad ni al insulto ni a la descalificación.

Habrà de analizarse por lo tanto caso por caso, para comprobar si las expresiones que proferimos los letrados cumplen con ese umbral de constitucionalidad al que nos hemos referido.

Como fin a este pequeño comentario, considero especialmente útil expresar dos ejemplos reales en los que el Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre esta cuestión.

El primero de ellos lo extraemos de la propia STC 39/2009, tantas veces aludida. En ella, los Magistrados tuvieron que valorar si las expresiones proferidas por una letrada durante el desarrollo de un juicio de divorcio eran merecedoras de la sanción que le había sido impuesta por Acuerdo del Consejo General de la Abogacía. Las expresiones conflictivas habían consistido en verter la siguiente afirmación: “... dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa de los intereses que le han sido encomendados, la amistad más que pública y notoria existente entre la letrada Sra. [C.] y la Juez titular del Juzgado de Familia, sin que SS^a se abstenga de conocer cuantos casos pudiera dirigir la letrada Sra. [C.], lo que causa no poca indefensión a esta letrada, a su cliente y a cuantos letrados y clientes se han encontrado o puedan encontrarse en la misma situación tanto en el presente, pasado como futuro las que había sidos”.

El TC entendió que la letrada no podía encontrar amparo en la libertad de expresión pues si bien habían sido realizadas en un contexto de defensa procesal, lo manifestado era descalificador de las personas concernidas –Magistrada y letrada contraria–, puesto que se refería personalmente a la Magistrada, atribuyéndole una actitud de parcialidad no sólo respecto a la decisión interlocutoria que se criticaba, sino

también respecto a otros procesos pasados e incluso futuros en los que tuviera participación la Abogada referida.

En el otro de los ejemplos que expongo a continuación, el TC, en su [Sentencia 232/2005, de 26 de septiembre](#) entendió, en cambio, que las expresiones formuladas por el letrado y el procurador en un escrito de oposición a la ejecución no suponían una falta del debido respeto, pues encontraban adecuado encaje en el ejercicio de la libertad de expresión necesaria para el correcto y ponderado uso del derecho de defensa de los intereses de su cliente.

Dicho escrito contenía expresiones tales como “la Juzgadora se inventa en ejecución otra Sentencia”, “La Juzgadora está variando y modificando su propia Sentencia”, “ha decidido expropiar al mandante inaudita parte”, “se ha actuado de forma precipitada, con rapidez inusual”.

En la referida Sentencia se exponen los motivos por los cuales debía otorgarse el amparo a los profesionales sancionados, afirmando que si bien las expresiones no eran las más respetuosas que podían utilizarse para describir la situación jurídica que se consideraba producida, lo cierto es que las mismas buscaban argumentar jurídicamente su oposición a la ejecución, pues se referían a la invariabilidad o inmodificabilidad de las sentencias y a que la cuestión sobre la que se pronunciaba no había sido debatida en el proceso, citando incluso los preceptos legales que se consideraban infringidos.

Julián López Martínez
Director de Sepín Administrativo. Abogado

Desistimiento anticipado por un arrendatario según la fecha del contrato

Llevamos varios meses indicando que la reforma de la LAU 29/1994, aprobada por la Ley 4/2013 y con entrada en vigor el pasado 6 de junio, supone, si cabe, una mayor atención y especialidad para los profesionales de esta materia, pues si ya convivían distintas normativas según la fecha del contrato, el Texto Refundido de la LAU 1964, el RDL 2/1985 y la LAU 29/1994, ahora surge un cuarto período contractual a tener presente: los contratos posteriores al 6 de junio de 2013. De esta forma, ante cualquier acción del arrendador o del arrendatario y para su contestación, tendremos que preguntarnos qué fecha tiene el contrato, dado que las consecuencias y los preceptos legales a aplicar serán muy distintos. Así sucede en la cuestión aquí analizada, resolución anticipada del contrato por parte del arrendatario.

- **Contratos posteriores al 6 de junio de 2013**

El art. 11, reformado por la Ley 4/2013, respecto al desistimiento del contrato en los arrendamientos de vivienda, ha supuesto uno de los cambios sustanciales a favor del arrendatario.

Requisitos:

- El arrendatario puede desistir una vez que hayan transcurrido seis meses de la duración del contrato, independientemente de que el mismo tenga un plazo superior o no a los tres años que establece el art. 9.
- El plazo mínimo previo de comunicación será de 30 días.
- Es posible pactar una indemnización al arrendador de un mes de renta por cada año en vigor que reste de cumplir y, para períodos inferiores, la parte proporcional de la indemnización. No cabe pactar una indemnización superior, estaríamos ante una cláusula nula y sin efecto, según lo dispuesto en el art. 6 LAU 29/1994, al tratarse de un pacto que va en contra de los derechos del arrendatario.

En cuanto a los contratos de uso distinto al de vivienda, ninguna de estas

reglas es aplicable, pues los mismos se rigen por la voluntad de las partes, tal indica el art. 4, apdo. 3, LAU 29/1994.

- Contratos posteriores al 1 de enero de 1995 y anteriores al 6 de junio 2013

Continúa aplicándose para estos arrendamientos de vivienda el texto del art. 11 antes de la Reforma.

Requisitos:

- El arrendatario puede desistir una vez que hayan transcurrido cinco años y siempre en contratos de duración superior a este período.
 - El plazo de preaviso mínimo de comunicación es de dos meses, debiendo acudir a un sistema de notificación que permita acreditar la recepción por el arrendador, vía notarial, burofax, telegrama con acuse de recibo.
- Es posible pactar en el contrato una indemnización al arrendador de un mes de renta por cada año en vigor que reste de cumplir y, para períodos inferiores, la parte proporcional de la indemnización. Si no hubiese pacto, en principio, no hay ningún tipo de indemnización, aunque se admite por la jurisprudencia la exigencia de daños y perjuicios.

En los contratos de duración inferior a cinco años, la Ley no regula esta posibilidad de resolución unilateral por parte del arrendatario, nada indica el art. 11 LAU. Sin embargo, es evidente que se produce incumplimiento del contrato, pues aquel tiene obligación de permanecer durante el plazo pactado y de ahí surge el derecho a favor del arrendador a ser indemnizado, conforme a los arts. 1.101, 1.124, 1.256, 1.556 y otros concordantes del Código Civil. En este sentido responden diversos autores en la Encuesta Jurídica de nuestra Editorial, [SP/DOCT/15874](#).

Respecto a los arrendamientos de uso distinto al de vivienda, al igual que en los contratos posteriores al 6 de junio de 2013, se regirán por la voluntad de las partes, según el art. 4, apdo. 3, LAU 29/1994, como muestra la reciente sentencia del [Tribunal Supremo de 9 de abril de 2012](#).

Para estos arrendamientos, ya sean de vivienda o de local de negocio, hay que acudir al artículo 56 del Texto Refundido de la LAU de 1964, que

continúa vigente.

Requisitos:

- El arrendatario puede desistir en cualquier momento, el precepto tan solo indica “durante el plazo estipulado”.
- La notificación del abandono antes del tiempo pactado debe realizarse por escrito con 30 días de antelación.
- La indemnización será la cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que quede sin cumplir. Se trata de la cuestión que más se ha modificado desde entonces hasta los actuales contratos, donde ya no cabe exigir la totalidad de las rentas.

Ahora bien, en aquellos arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos imperativamente al régimen de prórroga forzosa del art. 57 del Texto Refundido de la LAU de 1964, lógicamente tal indemnización por el desistimiento nunca se solicitará por el arrendador, pues el inmueble ha sido sorprendentemente recuperado.

Hoy en día, ante el abandono de la vivienda o local por parte del arrendatario, los Tribunales suelen moderar la indemnización atendiendo a los daños y perjuicios realmente producidos. Y por estos, deben considerarse entre otros, el tiempo que transcurre hasta que volvió a arrendarse, la publicidad para su alquiler, reformas para la habitabilidad etc., como indican las recientes resoluciones del Tribunal Supremo [sentencias de 22 de mayo, 12 de junio y 2 de octubre de 2008](#), y [18 de marzo de 2010](#).

Begoña Costas de Vicente
Directora de Sepín Arrendamientos Urbanos. Abogada

El vaivén del Tribunal Supremo respecto a la duración de los contratos de arrendamiento

Con todos mis respetos, realmente el Tribunal Supremo, más que fijar doctrina y ayudarnos a los profesionales en esta materia a establecer un criterio firme ante la duración de los contratos posteriores al 9 de mayo de 1985 en los que se pactó prórroga forzosa, así como en los posteriores regidos por la LAU 29/94, está causando gran confusión con las resoluciones que dicta, algunas de ellas contradictorias, ya que dependiendo del arrendatario, si estamos ante una vivienda o local, aplica preceptos y plazos distintos.

Cuando hace varios meses conocimos que se iba a aprobar una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, todos, al menos en SEPIN, esperábamos con impaciencia que la cuestión de estos contratos contemplados en la Disposición Transitoria Primera quedara zanjada de alguna forma, pero al parecer ningún legislador se atreve con semejante tarea, y en consecuencia, la solución debe encontrarse en los Tribunales.

Hasta el momento, como ya decíamos antes, las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo tan solo nos han llevado a una auténtica confusión, pues existen sentencias desde el año 2009 que nos llevan a aplicar el plazo del usufructo de 30 años del Código Civil, otra que remite a la aplicación del plazo de la Disposición Transitoria Tercera, y bastantes que siguen manteniendo la prórroga con todas sus consecuencias.

Así, la última sentencia dictada sobre un contrato posterior al 9 de mayo de 1985 es la del [16 de octubre de 2013](#) (SP/SENT/736550), que indica que en este arrendamiento de local, si las partes se sometieron voluntariamente al régimen de prórroga forzosa, así continuarán según Disposición Transitoria Primera, apartado 2 de la LAU 29/94, referido a un local cuyo arrendatario es una persona física. Es decir, mantienen la prórroga, por lo que la duración será hasta el fallecimiento del arrendatario. Conclusión totalmente distinta de la adoptada en la sentencia de [12 de noviembre de 2012](#) (SP/SENT/694582), que basada en

el mismo tipo de contrato, aplica el plazo del usufructo de 30 años.

Por otra parte, para los locales cuando el arrendatario sea una persona jurídica, hay que estar a lo establecido en la sentencia de [17 de noviembre de 2011](#) (SP/SENT/654028), aplicando la Disposición Transitoria Tercera de la LAU 29/94, por lo que el contrato se extinguirá a los 20 años desde la entrada en vigor de esta Ley, el 1 de enero de 2015, salvo supuestos excepcionales previstos en la Ley de incremento del plazo de duración.

Y, unido a los contratos anteriores, por último, no podemos olvidar los arrendamientos que se rigen por la LAU 29/94, en los que también se pacta prórroga o tiempo indefinido, donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en contratos de uso distinto al de vivienda, aplicando por analogía el plazo del usufructo de 30 años que regula el artículo 515 del Código Civil. Sentencias de [11 de noviembre de 2012](#) (SP/SENT/694805), [14 de julio de 2010](#) (SP/SENT/516230) y [9 de septiembre de 2009](#) (SP/SENT/478116).

En definitiva, son demasiadas y distintas soluciones dadas, que hasta ahora no hacen más que sorprender y llevarnos a confusión, esperando que en algún momento el Tribunal Supremo fije doctrina jurisprudencial, en bien de todos.

Begoña Costas de Vicente
Directora de Sepín Arrendamientos Urbanos. Abogada

Obligación de certificación eficiencia energética en los contratos de alquiler

Tras la publicación del [Real Decreto 235/2013, de 5 de abril](#), por el que se aprobó el Procedimiento Básico para la Certificación de la Eficiencia Energética de los edificios, es necesario desde el 1 de junio de 2013 contar con el certificado de eficiencia energética tanto para los edificios de nueva construcción como para edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen a un nuevo arrendatario.

En el ámbito de los arrendamientos urbanos, surgen varias preguntas, como ya apuntábamos en otro [post](#), indicando a continuación los aspectos esenciales que, a nuestro entender, habrá que tener en cuenta.

¿Cuál es su objetivo? La reducción de los gastos excesivos y superfluos de energía en los edificios, de tal forma que los usuarios de una vivienda, en este caso arrendatarios, con anterioridad a la firma del contrato puedan tener conocimiento del nivel de eficiencia energética del edificio, y así decidir su alquiler.

¿Qué inmuebles, para ser alquilados, necesitan ser certificados? Aquellos que no dispongan de su certificado energético en vigor. Hay que tener presente que desde 2007 ya es obligatorio el certificado energético para edificios de nueva construcción, así que estos ya cuentan con su calificación energética.

¿Debe el arrendador presentar el certificado ante el Registro, antes de su firma? Si, es una obligación de esta parte, debe presentarlo ante el Órgano competente de su CCAA para su registro, ya que como establece la [Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas](#), en la Disposición Adicional Tercera, apartado 4 b), de no hacerlo incurrirá en una infracción grave, con multa de 601 a 1000 Euros según la Disposición Adicional Cuarta, apartado 1 B).

¿Existe obligación de incluir el certificado en el contrato de arrendamiento? Partimos de la base de encontrarnos ante un derecho

del consumidor, en este caso de la persona que alquila, por tanto el arrendador está obligado a hacer constar en el contrato una cláusula que indique que en el momento de la firma se aporta el mismo, facilitando una copia al arrendatario.

¿Qué ocurre si el arrendador no lo hace constar en el contrato? Si nada aparece en el mismo, incurrirá en infracción administrativa tal como ha establecido la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En la Disposición Adicional Tercera se clasifican las mismas en muy graves, graves y leves (enlace), señalando el punto 4 e) que constituye infracción grave “.....alquilar un inmueble sin que..... el arrendador entregue el certificado de eficiencia energética, válido, registrado y en vigor,..... al arrendatario”

¿Qué importe corresponde por la sanción? Al tratarse de una infracción grave, atendiendo a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/2013, la multa irá de 601 a 1000 Euros, aunque en la graduación de la sanción se tendrá en cuenta el daño producido, el enriquecimiento injusto y la concurrencia de intencionalidad o reiteración. Serán los órganos competentes de cada CCAA los encargados de resolver los expedientes sancionadores. Dicho esto, habrá que esperar para saber si realmente se van a hacer reclamaciones o denuncias por las comunidades autónomas o los particulares.

¿Se puede obtener el certificado con posterioridad a la celebración del contrato? Nuestro criterio es que no, el certificado debe presentarse en el mismo momento de la firma entre arrendador y arrendatario, pues además, debe tenerse en cuenta el matiz que establece el punto 6, de la citada Disposición Adicional Tercera que indica que serán sujetos responsables de las infracciones tipificadas en esta disposición, las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que las cometan, “aún a título de simple inobservancia”. Es decir, no cabrá alegar que las partes desconocían tal precepto, y que por ello se aporta con posterioridad.

¿Debe el arrendador realizar obras para mejorar la calificación obtenida? No, la obligación que indica el R.Decreto viene referida únicamente a la obtención del certificado, ya sea letra A, la más eficiente o G, edificios menos eficientes, sin que el propietario del inmueble quede obligado o deba adoptar ni realizar ninguna obra para mejorar la

calificación obtenida, ya que el edificio cumple con los requisitos mínimos establecidos en su normativa de aplicación.

¿Será causa de resolución del contrato si se comprueba que la calificación reflejada en el certificado no es conforme con la realidad? Entendemos que no, no se trata de un incumplimiento contractual del artículo 1124 del C.Civil que daría lugar a la resolución del arrendamiento. Consideramos que los aspectos técnicos y administrativos de este Real Decreto 235/2013 no pueden anular en ningún caso los efectos civiles de un contrato de arrendamiento urbano, salvo excepciones que vinculen el negocio jurídico a ese certificado energético. Eso sí, se incurrirá en infracción administrativa al no atender a la realidad la calificación realizada, pues falsear información constituirá infracción muy grave y una multa de 1001 a 6000 Euros.

Begoña Costas de Vicente
Directora de Sepín Arrendamientos Urbanos. Abogada

¿Qué obras pueden repercutirse en un contrato posterior al Texto Refundido de la LAU de 1964?

Cuando entró en vigor la LAU 29/1994, una de las cuestiones de más trascendencia fue la facultad del arrendador para repercutir en el arrendatario los importes por impuestos, obras, servicios y suministros, tal como establece la Disposición Transitoria Segunda, apdo. 10, puntos 2, 3 y 4. en los contratos de arrendamiento anteriores al 9 de mayo de 1985. En los de fecha posterior tan solo cabrían tales repercusiones si así se hubiese pactado expresamente a la firma del contrato.

Respecto a las obras, establece la Disposición Transitoria Segunda: "10.3. Podrá repercutir en el arrendatario el importe de las obras de reparación necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, en los términos resultantes del artículo 108 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 o de acuerdo con las reglas siguientes: 1.ª Que la reparación haya sido solicitada por el arrendatario o acordada por resolución judicial o administrativa firme".

Concretamente, la repercusión, conforme al art. 108 TR 1964, será el 12 % del importe total de la obra, durante todo el tiempo de duración del contrato, el máximo a repercutir será el 50 % de la cantidad que esté pagando de renta en el momento de la repercusión y se hará por complementos mensuales. Si la obra o reparación es solicitada por el arrendatario, o bien es ordenada por la Administración o resolución administrativa firme, las reglas de la repercusión son totalmente diferentes, se aplicará el capital invertido en la obra más el interés legal de ese dinero calculado para cinco años, abonando el arrendatario un importe del 10 % hasta su completo pago.

Pues bien, después de llevar varios años de aplicación de tales preceptos, repercutiendo el arrendador las obras necesarias para la habitabilidad de la vivienda, el [Tribunal Supremo, con fecha 21 de mayo de 2009](#) (SP/SENT/459608), fijó doctrina jurisprudencial en una sentencia no exenta de polémica, que suprimía la repercusión por obras en

contratos posteriores al 1 de julio de 1964. Venía a declarar que, en los contratos posteriores a dicha fecha, puesto que las partes podían haber pactado la renta y su cláusula de actualización, conforme permitía el art. 97 del citado Texto Refundido de 1964, los arrendadores no se habían visto compelidos a la congelación de las rentas, por lo que no era necesario un apoyo específico de estabilización, ya que podían calcular los gastos previsibles a la hora de fijar la renta y su reajuste.

Surgían, además, varios interrogantes, ¿se podría aplicar este criterio no únicamente a las reparaciones realizadas por el arrendador, sino también a las obras solicitadas por el arrendatario u ordenadas por la autoridad? ¿Qué sucede con las repercusiones de obras ya comenzadas, cabe continuar con dicho importe o el arrendatario puede dejar de pagar?

En relación con la primera cuestión, distintas Audiencias Provinciales han seguido esta postura, indicando que, salvo que exista pacto expreso, no procede la repercusión de obras en los arrendamientos posteriores al 1 de julio de 1964: [AP Barcelona, Sección 4.ª, de 8 de marzo de 2013 \(SP/SENT/723882\)](#), [AP Barcelona, Sección 13.ª, de 27 de diciembre de 2012 \(SP/SENT/710704\)](#), [AP Valladolid, Sección 3.ª, de 27 de noviembre de 2012 \(SP/SENT/702989\)](#), [AP Barcelona, Sección 4.ª, de 15 de noviembre de 2011 \(SP/SENT/664989\)](#), [AP Madrid, Sección 13.ª, de 20 de junio de 2011 \(SP/SENT/658844\)](#) y [AP Madrid, Sección 14.ª, de 24 de marzo de 2010 \(SP/SENT/605797\)](#).

Respecto a la paralización de las repercusiones, entendemos que el arrendatario puede dejar de pagar, previa notificación al arrendador, y sin devolución de lo abonado hasta el momento, aunque en esta cuestión no existe jurisprudencia a día de hoy.

A la vista de todo ello, esperamos que el Tribunal Supremo siga dictando más resoluciones aclarando la importante cuestión de la repercusión de obras.

Begoña Costas de Vicente
Directora de Sepín Arrendamientos Urbanos. Abogada

Los problemas de la carta de invitación a un extranjero

En primer lugar, somos conscientes de que, con tantos blogs en la red, el que está leyendo puede parecerle irrelevante, pero inaugurar este constituye una ilusión y además un honor, no solo por la confianza depositada en nosotros por parte de SEPIN, sino por el apoyo brindado. Además nos gustaría que este espacio se convirtiera en un medio de comunicación entre profesionales mediante el cual se pudieran compartir las novedades más relevantes dentro del Derecho de extranjería.

Comenzamos por tanto con una noticia que nos ha llamado la atención, tanto en medios digitales, como en las remisiones que realizan los Colegios de Abogados, en relación con las famosas cartas de invitación, uno de los medios que la normativa articula como justificativo del objeto y condiciones de estancia en nuestro país, en un intento de homogeneizar criterios de trámite de dicho documento.

En ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada”.

Sin embargo, dada la disparidad existente entre las distintas unidades policiales de extranjería en relación con los documentos a solicitar y de las numerosas instrucciones con la finalidad de impartir los criterios de tramitación, nace la [Instrucción 4/2012](#) de la Dirección General de Policía estableciendo criterios para la aplicación de la [OP/1283/2007](#), de 10 de mayo, de la que, como ya hemos indicado, se han hecho eco numerosos medios informativos.

Obviamente, la proliferación de invitaciones realizadas por particulares, tanto las que efectúan los nacionales españoles como los extranjeros residentes en España, requiere ser objeto de un control efectivo, no solo respecto de la declaración del particular invitante, sino también de la propia carta de invitación, mediante la confección de un documento específico, establecido al efecto, que reúna determinadas medidas de seguridad que impidan su clasificación o el uso fraudulento del mismo, en formato similar al que determinados Estados miembros de la Unión

Europea ya tienen implantado.

Esta Instrucción nos recuerda que la carta de invitación solo justifica el hospedaje, como ya establece el vigente [Reglamento de Extranjería](#), y, por tanto, no puede ser sustitutivo de ningún otro requisito o documentos establecidos para la entrada en España.

Pero, además, la Instrucción indica que la presentación de este documento requiere que la persona invitante acredite la disponibilidad de la vivienda para dicho hospedaje, estableciendo un numerus apertus en la lista que justifique tal disponibilidad: mediante una escritura pública del título de propiedad, un contrato de arrendamiento o cualquier otro documento análogo que atribuya esa disponibilidad.

Como novedad, establece que no se exigirá al solicitante que aporte ningún documento en relación con la identidad del invitado (hasta ahora se solicitaba copia del pasaporte), teniéndola por válida y cierta, conforme a los datos que el invitante o solicitante consigne en la solicitud. Y esto es así porque la aplicación informática que registrará estos datos permitirá una comprobación cuando el invitado se acerque al puesto fronterizo.

Además, tampoco se exigirá un documento que avale el vínculo con el invitado.

Todo esto nos llama la atención porque resulta, cuanto menos, curioso que estos criterios, de indudable interés para el administrado, se homogenicen mediante una Instrucción de la Policía de difusión restringida y cuya publicidad no está al alcance de todos y que, como la propia Instrucción señala, sirven para dirimir las disfunciones que persisten, por lo que habrá que estar pendiente de cómo afectan estos “retoques” a los principios consagrados de Seguridad Jurídica, Igualdad y Tutela Judicial Efectiva.

Gema Murciano Álvarez
Documentación Jurídica de Sepín. Mediadora familiar. Abogada

¿Cabe la denegación de residencia al padre de menor español a su cargo que tiene antecedentes penales?

Esta es la cuestión prejudicial que ha planteado recientemente la Sala 3ª del TS ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para entender la disyuntiva que se plantea dicha Sala, es necesario partir de la base de que el solicitante fue condenado a una pena de 9 meses de prisión por delito de violencia doméstica y lesiones, que posteriormente le fue concedida la suspensión provisional de la misma y que, al momento de la solicitud, tenía pendiente de resolver una solicitud de cancelación de antecedentes penales.

Además de la existencia de esos antecedentes penales, también es indispensable conocer que el recurrente es progenitor de dos menores a su cargo, y uno de ellos tiene la circunstancia de ser nacional español y, sobre él ostenta la patria potestad en exclusiva dado que su madre en encuentra en paradero desconocido.

La resolución administrativa impugnada en la instancia basa la denegación de la autorización excepcional de residencia en España, solicitada al amparo de lo previsto en el apartado 4 in fine de la disposición adicional primera de la [Ley de Extranjería](#), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.5 de la citada Ley, que exige de manera literal que "para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España", por lo que es evidente que esta previsión impide en todo caso la concesión inicial de la autorización de residencia en España sin posibilidad de modulación y eso aunque implique como consecuencia ineludible la privación a un menor dependiente del solicitante y ciudadano de la Unión Europea de su derecho a residir en el territorio de la Unión Europea

Podría darse el caso de que en virtud del apartado 4 in fine de la disposición adicional primera de la misma Ley sobre autorización de residencia por razones extraordinarias, solicitase la residencia por ese cauce, pero esta prohibición es taxativa, tener antecedentes penales impide el otorgamiento de cualquier tipo de residencia.

Ateniéndonos al Derecho de la Unión, el artículo 20 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) garantiza el derecho de los ciudadanos de la Unión a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, por tanto, impide que se deniegue el permiso de residencia a un nacional de un Estado tercero y progenitor de un menor ciudadano de la Unión, cuando ello implique que el menor dependiente se verá privado de su derecho a residir en un Estado miembro de la Unión como consecuencia ineludible del hecho de que el menor tendría que abandonar forzosamente el territorio de la Unión al seguir al progenitor al que se le impide la permanencia en dicho territorio.

Esta circunstancia es la que hace dudar al Tribunal sobre la compatibilidad de la regulación nacional, máxime cuando en los casos de renovación de la autorización, la Ley flexibiliza la relevancia de los antecedentes penales, no siendo óbice de la suficiente entidad que impidan la concesión de cualquier tipo de autorización, haciendo llamativa la diferencia de tratamiento entre la solicitud inicial de autorización de residencia y la renovación.

Conforme a nuestro criterio, parece que sí existe un problema de incompatibilidad de nuestro Derecho nacional con el Derecho de la Unión. Aun entendiendo razonable que la solicitud de autorización inicial de residencia, requiera entre sus requisitos la ausencia de antecedentes penales, no parece lógico que esta circunstancia sea modulable a la hora de conceder la renovación, valorar la expulsión o no, e incluso a la hora de la concesión de nacionalidad, como se pueda observar en las sentencias reseñadas más abajo, y no serlo frente a una autorización inicial.

Por otro lado, tampoco parece lógico que un ciudadano comunitario se pueda ver obligado a abandonar un Estado de la Unión contraviniendo el Derecho a la Libre Circulación, haciéndole de peor Derecho frente a quién no siendo nacional comunitario pueda renovar su residencia en territorio UE a pesar de contar con dichos antecedentes penales.

A continuación mostramos una relación de sentencias de nuestros Tribunales en las que los antecedentes penales han sido flexibilizados a los efectos de emitir su fallo.

[TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7.ª, 10-1-2014](#): No

se puede denegar autorización de residencia de larga duración por la mera existencia de antecedente penal si el delito no atenta contra la seguridad pública y, por añadidura, se verifica el arraigo del extranjero vía certificado municipal.

[TSJ La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, 9-1-2014](#): Pese a haber recaído sentencia penal superior al año, se suspende sanción de expulsión de extranjero plenamente arraigado en España por tener familia y trabajo aquí. Máxime si se ha accedido a la conversión de su pena en multas sucesivas.

[TSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2.ª, 4-12-2013](#): Tener una condena por malos tratos no justifica la sanción de expulsión de extranjero si existen otras circunstancias a su favor como las referidas al arraigo: empadronamiento, tarjeta sanitaria, ingresos bancarios estables, entre otras.

[TSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2.ª, 6-9-2013](#): Procede la renovación dado que las condenas impuestas (no privativas de libertas) lo fueron por delitos para los que se prevé pena menos graves: malos tratos en el ámbito doméstico y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

[TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 5.ª, 11-4-2013](#): Dado que , el antecedente penal no fue obstáculo para la segunda renovación de la autorización temporal de residencia y trabajo, no debe serlo para la concesión de la autorización de residencia de larga duración.

[TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, 9-3-2013](#): Renovación: la pena mínima por lesiones hace presumir que no fueron muy graves desde el punto de vista del interés público, por lo que no pueden prevalecer frente a su arraigo laboral y familiar con su hijo menor nacido en España.

[TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 23-5-2011](#): La existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva: es posible que, aún habiendo sido ya cancelados los antecedentes penales, un hecho ilícito sea suficientemente elocuente de la falta de civismo del solicitante.

[TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 9-5-](#)

2011: Haber sido juzgado por un delito de robo con intimidación, 5 años antes de la solicitud de nacionalidad y, habiéndose sobreseído las actuaciones, no justifica la denegación de nacionalidad.

Gema Murciano Álvarez
Documentación Jurídica de Sepín. Mediadora familiar. Abogada

Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación

El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar es uno de los contenidos esenciales que integran el interés superior del menor. Decía R. Tagore: “El niño sabe una infinidad de palabras maravillosas, aunque son tan pocos los que en este mundo entienden lo que él dice...”.

El [Comité de los Derechos del Niño](#) hizo pública el 20 de julio de 2009 la Observación General nº 12 sobre el derecho del menor a ser escuchado. [Save the Children](#) señala en su informe “[Infancia y Justicia: una cuestión de derechos](#)”, que merece la pena destacar dos consideraciones de la citada Observación General:

- “(...) el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”.
- La segunda tiene que ver con el concepto de madurez, que la Observación define como “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. (...) En el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración”.

Las principales cuestiones abordadas en este post siguen las pautas propuestas en la [Guía práctica de exploración de menores](#), de los autores: Mercedes Caso Señal, Mila Arch Marín, Adolfo Jarne Esparcia y Asunción Molina Bartumeus, publicada por Sepin. En su introducción se pone de relieve que el derecho de los niños y niñas a ser oídos, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que estén directamente implicados y de los que resulten decisiones que afectan a su esfera personal, familiar o social, es un derecho que goza de reconocimiento en los Convenios Internacionales más relevantes y en la mayoría de las legislaciones de los Estados. Sin embargo, cómo debe ejercitarse este derecho es una cuestión abordada solo de forma tangencial por las normas de derecho positivo.

Naturaleza procesal

Es importante determinar qué naturaleza procesal tiene de la exploración o audiencia del menor. Dos son las posibles posturas:

- a) Es un medio de prueba.
- b) Es una actuación judicial a través de la cual el menor ejercita un derecho.

Para la doctrina mayoritaria, se trata de una diligencia judicial dirigida a que el menor ejerza su derecho a ser oído. Según la Guía práctica de exploración de menores (Sepin) antes citada, "su objetivo es introducir en el procedimiento la opinión, la percepción, la posición y la emoción o los sentimientos del niño, niña o adolescente sobre la cuestión familiar que debe resolverse en el procedimiento de Familia".

Cuándo es necesaria

La audiencia al menor es un derecho y no una obligación. El Juez tiene obligación de velar por su cumplimiento. De acuerdo con el art. 9 de la [Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor](#), todos los menores tienen derecho a ser oídos en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten.

Sin embargo, únicamente procederá cuando el menor haya alcanzado madurez suficiente para formarse una opinión. Así lo estableció con claridad el [Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/2008, de 31 de enero](#).

Como señala [Miranda Estrampes](#), dos son los parámetros que debe ponderar el Juez a la hora de decidir sobre la audiencia de los menores:

- 1- La madurez del menor.
- 2- La necesidad de la audiencia.

A la vista de esto, podríamos encontrarnos ante varias situaciones:

- Menores que tienen madurez suficiente, pero que no quieren ser oídos.
- Menores que quieren ser oídos, pese a que el Juez no lo considere necesario.
- Menores que, pese a no haber alcanzado madurez suficiente, sería conveniente escucharles.

Para poder acordar la exploración judicial de un menor es preciso, según

Caso Señal, que el Juez valore la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º Que se esté juzgando un asunto en el que se adoptará una decisión que afecta a la esfera personal, familiar o social del menor.
- 2.º Que el menor implicado esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir, que tenga suficiente madurez, siendo este presupuesto básico de la exploración.
- 3.º Que sea necesario oírlo y conveniente a su interés.

Cuáles son las formas de oír al menor

El art. 9.2 de la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor](#), prevé que éste puede ser oído:

- a) Por sí mismo.
- b) A través de la persona que designe para que le represente.
- c) Por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos.
- d) O bien a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. Sería el caso de expertos (psicólogos, trabajadores sociales), maestros, profesores, entrenadores, hermanos mayores, padrinos o adultos que tengan una especial relación de confianza con el menor. Precisamente esta posibilidad aparece contemplada en la [STC 163/2009, de 29 de junio](#), donde la opinión del menor fue expresada y hecha constar en el dictamen elaborado por el informe psicosocial.

Otras de las cuestiones importantes es la de la confidencialidad. Podrá ser:

- a) Del menor hacia el Juez.

Entronca con el principio de intimidad que debe presidir la exploración. Son numerosos los supuestos en los que los menores condicionan lo que van a decir al compromiso del Juez de no utilizar esa información o bien piden expresamente que “el Juez les guarde el secreto”.

- b) Del Juez hacia el menor, pues este no tiene por qué tener información detallada del proceso, pero sí deberá atender a sus preguntas de forma sencilla.

¿Condiciona la respuesta judicial?

Esta cuestión es lo suficientemente relevante como para ser tratada en otro post. Es importante tener claro que el derecho del menor a ser escuchado, antes de tomar una decisión que le pueda afectar, no puede suponer que su opinión o voluntad sea la que únicamente determine la resolución que se adopte. Señala Ortuño Muñoz en su artículo “El proceso judicial como forma de maltrato al menor” (XIX Encuentro [AEAFA](#), marzo 2012, “El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales”), que tendrá trascendencia, pero “no puede hacerse recaer sobre el menor ni el peso ni la responsabilidad de la decisión, puesto que los efectos negativos que de ello se derivan para el mismo son enormes y marcarán sin duda su vida adulta”.

Conclusiones

Suscribo las conclusiones publicadas por [Caso Señal](#) en el artículo “La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial”, cuya lectura me permito recomendar:

1. Que un niño, niña o adolescente sea oído en un procedimiento civil es un derecho y no una obligación. Bajo ninguna circunstancia debe recibírsele declaración como testigo.
2. El niño, niña o adolescente pueden ser escuchados cuando tengan suficiente madurez. No todos los menores de más de doce años tienen suficiente madurez.
3. El niño, niña o adolescente no ha de ser necesariamente oído directamente por el Juez si esta comparecencia puede ser contraria a su interés .
4. El niño, niña o adolescente puede ser escuchado a través de un experto, miembro del equipo técnico o perito privado. En ese caso, no será necesario convocar al niño de nuevo a la exploración judicial.
6. En la exploración judicial no es conveniente que haya más de dos adultos con el menor.
7. El Juez no debe transmitir que el peso de la decisión recae en la opinión del menor.
8. La exploración debe llevarse a cabo cuidando de preservar la

intimidad del menor pero dicha obligación no comporta la confidencialidad de lo manifestado por el menor, debiendo informarle de ello.

Natalia García García
Directora de Sepín Familia. Abogada

Tablas orientadoras de las pensiones alimenticias

Hace ya más de 10 años que se elaboraron unas tablas orientadoras por el Magistrado Javier Pérez Martín en los Juzgados de Familia de Málaga a partir de la estadística obtenida del análisis de las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales. [Sepín Familia publicó en 2009 las citadas tablas](#), debidamente actualizadas, por este Magistrado.

Justificación: ventajas e inconvenientes

En la Memoria explicativa elaborada por el Grupo de Trabajo de Derecho de Familia del CGPJ se insiste en los inconvenientes que provoca la amplia discrecionalidad del Juez a la hora de concretar su cuantía:

- Imprevisibilidad de la respuesta judicial. Dependerá del Juzgado concreto en el que se tramite el asunto que la cuantía sea una u otra.
- Posibilidad de respuestas judiciales distintas en supuestos similares. La práctica demuestra que, ante grupos familiares similares, con parecidas necesidades y disponibilidades económicas, la cuantía de las pensiones que se fijan habitualmente suele ser diferente entre Juzgados, aunque correspondan a una misma población o incluso estén dentro de un mismo Juzgado.
- Incremento de la litigiosidad contenciosa, porque, ante la imprevisibilidad de la respuesta judicial, las negociaciones preprocesales para alcanzar acuerdos se dificultan, pues alguna de las partes siempre puede pensar que la decisión judicial va a estar más cerca de sus pretensiones que de las de la otra parte y, por tanto, que es preferible un proceso contencioso.

Al tiempo, se destacan las ventajas del establecimiento de este sistema de tablas:

1. Facilita enormemente la posibilidad de lograr acuerdos, tanto en la fase preprocesal como durante la tramitación del procedimiento.
2. Supone un incremento de los procesos consensuales, bien tramitados desde su inicio, bien transformados con posterioridad.

3. Permite el ahorro de costes personales, especialmente psicológicos, que ello supone para el todo el núcleo familiar.
4. Socialmente se genera un ahorro evidente, pues los procesos de mutuo acuerdo requieren un menor gasto y disminuyen la carga de trabajo en Juzgados y Tribunales.
5. Incluso en los procesos contenciosos presenta innumerables ventajas al incrementar la previsibilidad de la respuesta judicial, unificar esta en supuestos similares y aumentar, en definitiva, la seguridad jurídica.

Las ventajas de contar con este sistema ya fueron abordadas por uno de los autores de esta Memoria explicativa, el Magistrado del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5, de Familia de Málaga D. José Luis Utrera Gutiérrez, en el artículo doctrinal publicado por sepín Familia: [“Baremación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia: Hacia unas tablas de aplicación general”](#). En el mismo se reflejaba cómo el 80 % de los procesos tramitados por vía contenciosa tiene como único y principal motivo de desacuerdo entre las partes la pensión alimenticia a favor de los hijos.

Objetivos

Con estas tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia, así como los mecanismos necesarios para su actualización y difusión, se quieren alcanzar los siguientes objetivos:

- Dotar a este instrumento de un sustrato estadístico fiable.
- Actualizarlas según se produzcan cambios en la estructura de gastos de las familias y, como mínimo, cada cinco años.
- Mejorar las aplicaciones informáticas que facilitan los cálculos de las pensiones, especialmente en el ámbito de la custodia compartida.
- Informar sobre la utilización de las tablas.
- Difundir su existencia entre Jueces, Magistrados y demás operadores jurídicos.
- Poner a disposición de todos ellos un programa informático que permita obtener de forma sencilla e inmediata la cifra orientativa de la pensión que se ha de fijar.

Elaboración

Se han elaborado basándose en los datos facilitados por el [Instituto Nacional de Estadística](#) y obtenidos de la Encuesta de Presupuestos Familiares (EPF, años 2006-2010) y Encuesta de Condiciones de Vida (ECV, años 2006-2010) con aplicación de las escalas de equivalencia de la OCDE modificada.

Pautas para su utilización

- Tienen carácter orientador, por lo que pretenden respetar siempre la independencia de Jueces y Magistrados, tanto en su uso como en su aplicación.
- Pueden ser utilizadas en procesos de nulidad, separación, divorcio, guarda y custodia de hijos menores y alimentos, medidas provisionales, previas, coetáneas y cautelares en los anteriores procesos y en las cautelares de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, ya sean competencia estos procesos de los Juzgados de 1.^a Instancia, de Familia o de Violencia.
- Es necesario determinar previamente los ingresos netos de cada progenitor y las necesidades especiales de los hijos.
- Quedan excluidos los gastos de vivienda (hipoteca, alquiler, IBI) y educación de los hijos.
- Si concurren necesidades especiales de los hijos, deberá tenerse en cuenta esta variable para la fijación de la pensión final.
- No se incluirán los gastos extraordinarios, sino que se determinarán separadamente.
- Se aplicarán índices correctores por comunidades autónomas y tamaño de los municipios donde se encuentre la residencia del menor.

Natalia García García
Directora de Sepín Familia. Abogada

Pensión alimenticia: ¿suspensión o mínimo vital?

La situación económica actual repercute tanto en las personas obligadas al pago de la pensión alimenticia como en las que la perciben, tanto hijos como progenitores a cuyo cargo se encuentre ese núcleo familiar.

¿Cómo afecta al progenitor obligado al pago?

La ausencia de ingresos, por desempleo o serias dificultades, del que hasta ahora ha venido satisfaciendo la pensión alimenticia, nos hace plantearnos si ante esta situación podría solicitarse la suspensión o si, por el contrario, es necesario fijar siempre, al menos, un mínimo vital o una cuantía imprescindible. Esta cuestión ha sido objeto de la [Encuesta Jurídica publicada en nuestro Cuaderno Jurídico de Familia Sepin nº 106](#) (SP/DOCT/18084): “Ante una difícil situación económica del obligado al pago de la pensión alimenticia, ¿procedería la suspensión de la misma o se debe incluir un mínimo vital para atender las necesidades de los hijos menores?”.

Tablas para el cálculo de las pensiones alimenticias

En la determinación de su cuantía, hay que atender al principio de proporcionalidad que proclama el art. 146 CC, debiendo fijarse una cantidad adecuada a las necesidades de los hijos y a los ingresos de los obligados. En este sentido, podemos destacar la enorme utilidad de las [tablas para el cálculo de las pensiones alimenticias aprobadas por el Consejo General del Poder Judicial \(CGPJ\)](#) y el práctico [calculador](#) que en la misma página se ha incluido. Como expuso el Magistrado Utrera Gutiérrez, en el [artículo](#) “Nuevas tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos elaboradas por el CGPJ”. Este sistema de tablas o baremos “facilita enormemente la posibilidad de acuerdos y, por tanto, el incremento de los procesos consensuales, con el ahorro de costos, especialmente psicológicos, que ello supone para todo el núcleo familiar”.

¿Qué entendemos por “mínimo vital”?

La Jurisprudencia se refiere al mínimo de subsistencia imprescindible

para el desarrollo de los hijos menores en condiciones de suficiencia y dignidad, entendiéndose que por debajo del mismo no es posible que tengan cubiertas sus necesidades. "En esta cantidad se reflejan los mínimos gastos de todos los capítulos repercutibles, como vestido, sanidad y educación que, aun cuando el menor asista a un centro público, son generados por las necesidades de material escolar, libros, actividades complementarias, cuotas de la asociación de padres, y demás gastos ordinarios que comporta habitualmente un menor. ..." ([Sentencia AP Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de noviembre](#)). Desde Sepín Familia hemos constatado que si bien hace unos años rondaba en la mayoría de los supuestos los 150 €, últimamente se ha rebajado hasta quedarse en los 100 €.

Carácter excepcional de la suspensión

Como se refleja en la encuesta jurídica antes citada, la suspensión debería tener carácter excepcional. La mayoría de los encuestados considera que es admisible, pero con un criterio temporal y restrictivo conforme al art. 152.2.º CC, de forma que únicamente cuando se acredite la absoluta carencia de ingresos del obligado y en supuestos excepcionales se debería admitir.

Sin embargo, hay un grupo de opiniones para las que siempre es necesario fijar, al menos, un mínimo vital. Así lo expresa el Magistrado de la Sección 6.ª AP Pontevedra, Picatoste Bobillo: "Una pensión mínima que sea posible dentro de las circunstancias de cada caso debe mantenerse e imponerse aun a costa del sacrificio del progenitor alimentante, y esta exigencia debe prevalecer sobre la propuesta de suspensión de la obligación. No significa lo dicho que la posibilidad de una suspensión deba quedar totalmente descartada, pero debe reservarse para los casos de probada y real carencia de recursos, de situaciones de verdadera penuria que hagan imposible atender al cumplimiento de la obligación".

Necesidad de atender al caso concreto

Precisamente por ello es muy importante estudiar cada caso concreto, como señala Pérez-Salazar Resano, Magistrada del Juzgado de 1º Instancia nº 3, de Familia, de Pamplona. Considera que será preciso tener en cuenta:

- La prueba que se presenta lo que requiere ser especialmente

La prueba que se presenta, lo que requiere ser especialmente minuciosos con la carga probatoria de la parte demandante.

- Concretar y delimitar lo más posible la suspensión de la obligación y su alcance. Para ello será conveniente realizar un seguimiento en ejecución de sentencia sobre la situación del obligado al pago previendo que en la misma ejecución pueda reestablecerse la obligación.
- Determinar posibles aportaciones distintas de la meramente económica, en atención a las concretas circunstancias del caso. Por ejemplo, si se alega la situación de desempleo, se podrá valorar la mayor disponibilidad de tiempo para aportar y estar con sus hijos menores, pudiendo así asumirse otras obligaciones que pueden aliviar, tanto personal como económicamente al progenitor custodio que ha dejado de percibir esa pensión o bien que recibe ahora una menor cantidad.

La propuesta que hace esta Magistrada implica que debemos dejar de considerar la ecuación: pensión alimenticia igual a cantidad de dinero, cuando son muchas las formas de dar efectivo contenido a esta obligación.

Aspectos procesales

Ponen de relieve en la citada Encuesta, Hijas Fernández, Presidente de la Sección 22.ª de la AP Madrid, y Morales Moreno, Secretaria Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 29, de Familia, de Madrid, que la suspensión plantea también un problema procedimental. En muchos supuestos, la petición de suspensión o reducción de la pensión de alimentos se solicita dentro del procedimiento de modificación de medidas, que es el cauce adecuado. Pero, también con bastante frecuencia, se esgrime como motivo de oposición frente a la demanda ejecutiva articulada por el progenitor con el que viven los hijos, sin que ello esté contemplado en el art. 556 LEC, debiendo formularse tal pretensión a través del art. 775 LEC.

¿Cómo afecta a los hijos?

Al inicio del post decía que la situación económica actual también afecta a los hijos. Concretamente a los hijos mayores de edad, que se encuentran con importantes dificultades a la hora de acceder a un puesto de trabajo que les permita ser independientes económicamente. La consecuencia es que los progenitores tendrán que seguir asumiendo su manutención, lo que genera el planteamiento de esta otra cuestión: [¿Hasta cuándo es necesario pagar la pensión alimenticia de los hijos?](#), que ya fue abordada en otro post anterior de este Blog de Familia.

Natalia García García
Directora de Sepín Familia. Abogada

Adolescentes y visitas: ¿mejor flexibles?

Reconozco sentirme muy sensibilizada con esta cuestión. Clara y Verónica, de 15 y 17 años, se han negado durante los dos últimos años a cumplir el régimen de visitas maternas impuesto por el Juzgado. Sienten que su voluntad no ha sido tomada en cuenta y que han sido forzadas a mantener unos tiempos, estancias y comunicaciones con su madre que de ninguna manera desean. ¿Las consecuencias? Todos las conocemos: el padre, denunciado por incumplimiento y obstaculización de las visitas, demandas ejecutivas continuas e intervención de las autoridades policiales en más de una ocasión. Por su parte, la madre siente que ha perdido a sus hijas y alega que podría existir manipulación del otro progenitor al haber conseguido que sus propias hijas rompan toda relación con ella. Actualmente, tienen que cumplir un régimen de visitas en el Punto de Encuentro Familiar designado, cuyos profesionales constatan, semana tras semana, la negativa de las adolescentes.

En supuestos como este, el debate podría girar en torno a dos argumentos extraídos a partir de las resoluciones seleccionadas en el [estudio de Jurisprudencia al Detalle: “Régimen de visitas: fundamento y circunstancias a valorar. Modalidades \(1.ª parte\)”](#):

A) La voluntad del menor debe ser tomada en cuenta, por lo que procede fijar un régimen flexible y voluntario, atendiendo a su edad y madurez.

B) O bien, es preciso evitar la ruptura de las relaciones entre los adolescentes y el progenitor con el que no conviven habitualmente, por lo que no es procedente dejar al arbitrio del menor el cumplimiento de estas comunicaciones.

Tratándose de hijos adolescentes, hay factores básicos que se han de tener en cuenta, como son la edad, su madurez y su voluntad, sin perjuicio de que deban valorarse conjuntamente con otros no menos importantes, como las necesidades afectivas y de todo orden, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, las relaciones con el progenitor no custodio, con su nueva pareja y las

condiciones y las cualidades para atenderlos.

En relación con la voluntad de los menores, llama la atención que el derecho de estos a ser oídos, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que estén directamente implicados, goza del reconocimiento de los Convenios Internacionales más relevantes, como la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), de 20 de noviembre de 1989, y, sin embargo, cómo debe ejercitarse este derecho es una cuestión abordada solo de forma tangencial por las normas de derecho positivo. Aconsejo prestar atención a las recomendaciones que en la Guía Práctica de Exploración de Menores (publicada por sepín en 2011) hacen sus autores: Mercedes Caso Señal, Mila Arch Marín, Adolfo Jarne Esparcia y Asunción Molina Bartumeus.

Apunta muy bien el problema el Magistrado de Familia Juan Pablo González del Pozo en el artículo publicado en el Cuaderno Jurídico de sepín Familia y Sucesiones: "[Relevancia de la voluntad de los menores adolescentes para el establecimiento y ejecución del régimen de visitas y estancias](#)": "¿qué valor debe atribuirse por el Juez a la voluntad manifestada por el propio menor adolescente en relación con estas cuestiones? ¿Puede el Juez resolver ignorando o contrariando la voluntad libremente expresada por el menor o, por el contrario, queda de algún modo vinculado por la opinión del mismo?".

En mi opinión, y volviendo al caso expuesto al inicio de este post, el régimen de visitas de los adolescentes no debería imponerse por el Juzgado cuando la voluntad de estos es clara y cuentan con madurez suficiente para relacionarse con el otro progenitor sin necesidad de que se lo fijen. Se evitarían múltiples conflictos surgidos precisamente a raíz de estas decisiones.

Abogo por un régimen flexible, en atención a las necesidades de los hijos, apuntado, al menos de forma orientativa, por el Juez, pero permitiendo siempre que se pueda concretar extrajudicialmente y cuyo ejercicio y desarrollo se establezca de forma voluntaria. ¿No es mejor para todos?

Natalia García García
Directora de Sepín Familia. Abogada

Exigibilidad de la aportación del plan de parentalidad

El Libro II del Código Civil de Cataluña introdujo la figura del Plan de Parentalidad, regulada en su art. 233-9, como el instrumento con el que los progenitores determinen la forma de ejercicio de sus responsabilidades parentales, detallando los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de sus hijos.

Otras normas forales y autonómicas han regulado una figura similar, en el caso de Aragón el Pacto de relaciones familiares, art. 77 del Código de Derecho Foral, y en el caso de Valencia el Pacto de convivencia familiar, art. 4 de la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Así mismo, el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que modificaría el art. 90 del Código Civil estatal recoge como contenido del Convenio regulador el plan de ejercicio de la patria potestad conjunta. Parece, que el Plan de Parentalidad se ha convertido en un elemento imprescindible en los procesos de menores, que en el derecho catalán no sólo debe presentarse en los supuestos de mutuo acuerdo, art. 233-2.2, a) CCCat sino también en los contenciosos, con la finalidad de fijar los criterios de determinación del sistema de guarda.

Y, ante la exigencia del CCCat de su inclusión en el proceso surgen los problemas por su falta de aportación: ¿puede decirse que es un requisito de admisión de la demanda? Parece que no, pues el art. 403.1 LEC determina expresamente que los casos de inadmisión de las demandas están regulados por la ley procesal.

A pesar de que no estemos ante un requisito imprescindible para admitir la demanda, si podemos plantearnos si es necesario incluirlo. Y en este sentido, dada la importancia de esta nueva figura del derecho catalán, en la [Encuesta publicada por Sepín en el Cuaderno Jurídico nº 101](#), nuestros encuestados respondieron sobre la utilidad de la aportación del Plan de Parentalidad junto con la demanda, de la lectura de las respuestas podemos destacar los efectos positivos en la práctica de su inclusión,

como señala la Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3, de Familia, de Pamplona Margarita Pérez-Salazar Resano:

- Mayor conocimiento por parte de los padres de sus derechos y obligaciones como padres tras la ruptura.
- Mayor reflexión sobre cuestiones importantes.
- Mayor información al Juez para adoptar las medidas personales, si no hay acuerdo.
- Menor probabilidad de que surjan conflictos en ejecución y mejor situación para que se resuelvan, si es que surgen.

Así mismo, mantiene Pascual Ortuño Muñoz Magistrado de la AP Barcelona Sección 12.ª: la exigencia de que se acompañe a la demanda o al convenio regulador un Plan de parentalidad, tal como lo ha concebido la nueva regulación catalana, y como está implantado ya en Holanda, en Canadá o en Estados Unidos, favorece la disminución del enfrentamiento entre los cónyuges litigantes a la pacificación de las relaciones con los hijos y a la disminución de la litigiosidad postsentencia.

Y el Tribunal Superior de Justicia ha dictado recientemente una importante resolución, [TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 20-3-2014](#), en la que señala que la especialidad procesal del art. 233-8.2 CCCat, no es la de evitar una demanda infundada como sí lo son los requisitos de procedibilidad establecidos en el art. 266 LEC, sino que su finalidad es prevenir futuras disputas entre los progenitores en la organización de vida de los hijos menores, teniendo como principio rector siempre el interés superior de los mismos.

No puede, por tanto, prescindirse de su aportación ni dejar de exigirse:

Lo hará el Secretario antes de la admisión de la demanda.

Si se admite la demanda sin incluir el Plan de Parentalidad, tanto la otra parte como el Ministerio Fiscal pueden denunciarlo.

Y, si no se hubiera denunciado su falta ni se hubiera aportado, el Juez deberá solicitarlo antes de dictar la sentencia en primera instancia.

La sentencia del TSJ resuelve en este caso qué sucede cuando la denuncia de la falta de aportación del Plan se realiza en segunda instancia o en el recurso de casación decretando la nulidad parcial de las actuaciones, para que el juez de Primera Instancia se pronuncie sobre lo

solicitado en este supuesto por la parte recurrente, el sistema de entregas y recogidas del menor, y sobre todo lo que sea necesario respecto a la guarda del mismo en atención, una vez mas al favor filii.

Se confirma así la importancia de esta figura, novedosa en nuestro derecho, del Plan de Parentalidad, y no sólo por su trascendencia procesal sino porque estamos ante un elemento imprescindible para el juzgador que, conforme a su contenido, determinará qué sistema de guarda es el que mejor responde al interés de los hijo menores, fundamental para asegurar su desarrollo integral.

Recomendamos, en este sentido, la lectura del artículo doctrinal publicado por Sepín: [Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores](#), de Elena Lauroba Lacasa. Profesora Titular de la Universidad de Barcelona, y el [Modelo del Plan de Parentalidad](#), que facilita a los progenitores la planificación de lo que pretenden que sea un ejercicio de la parentalidad responsable.

Ana Canturiense
Documentación Jurídica de Sepín

Sereitera, la novación de un crédito hipotecario queda exenta del ITPyAJD

Conforme al art. 28 del [RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre](#), que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Ley del ITPyAJD) quedarán sujetas las escrituras, las actas y los testimonios notariales, en los términos que se establezcan por el art. 31, siendo estos:

- a) Primeras copias de escrituras o actas notariales.
- b) Que tengan por objeto cantidad o cosa valuable.
- c) Que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial o de Bienes Muebles.

En aplicación de los preceptos indicados, la Administración Tributaria competente ha entendido tradicionalmente que una operación de novación modificativa cumplía con todos y cada uno de los requisitos mencionados en dicho precepto, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 144 de la [Ley Hipotecaria](#) y en el art. 240 del [Reglamento Hipotecario](#) resultaba indiscutible el carácter de acto inscribible, su contenido valuable derivado de la propia naturaleza de la novación, al afectar a un negocio jurídico de indudable contenido económico, como es un crédito, y refiriéndose precisamente dicha modificación a elementos cuantificadores de la obligación de pago, como son los intereses.

La Dirección General de Tributos (DGT) ha mantenido hasta el momento (¿?) el criterio de negar la equiparación a efectos de la aplicación de la exención prevista en la [Ley 2/1994, de 30 de marzo](#), sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios a los Créditos Hipotecarios, realizando una interpretación sistemática de la Ley sobre la base argumental de una diferencia conceptual entre el préstamo y el crédito.

¿Hasta el momento? Sí, en atención a la [Doctrina Administrativa del Tribunal Económico Administrativo Central \(TEAC\)](#) en la cual se establece la extensión de la exención en el ITPyAJD en el caso de novación de un

crédito hipotecario.

El TEAC, acertadamente al evitar mayores desigualdades derivadas del cambio de modelo socioeconómico sufrido y de las nuevas formas de entender las relaciones contractuales, corrige a la DGT en el ámbito del Impuesto y reitera su discrepancia con la Administración Tributaria y el Centro Directivo basándose en los siguientes argumentos:

1. En el ordenamiento tributario, en concreto en el ITPyAJD y, frente a argumentado, existen situaciones en las que el tratamiento para las figuras de préstamo y crédito es unitario

Así, el art. 15 preceptúa que se liquidarán como préstamos personales las cuentas de crédito, el reconocimiento de deuda y el depósito retribuido. Equiparación que no es aislada y que se repite en los arts. 25 y 26 del [RD 828/1995, de 29 de mayo](#), por el que se aprueba el Reglamento del ITPyAJD, por lo que, frente a lo mantenido por la Administración en la diferencia entre los productos de préstamos y créditos, en la práctica liquidatoria del Impuesto sí ha existido tradicionalmente una total equiparación entre ambas figuras jurídicas, tanto en cuanto a la definición de hecho imponible, base imponible, sujeto pasivo, tipo, así como a la aplicación genérica de exención contenida en el art. 45.I.B.15 relativo a la constitución de préstamos, precepto que, si bien no menciona literalmente a los créditos, no ha planteado duda de su aplicación directa a los instrumentados mediante créditos bancarios.

2. La distinción entre ambas figuras jurídicas, préstamo y crédito, no es tan nítida en parte de los productos bancarios que se ofertan actualmente, luego es un criterio que se aleja de la realidad contractual

Es común en la práctica que se denomine crédito a operaciones en las que el banco hace entrega desde el primer momento de la totalidad del capital, acordándose la amortización del capital mediante entregas periódicas en algunos casos o bien mediante la progresiva reducción del crédito disponible, tratándose de verdaderos préstamos destinados a particulares en los que la devolución se articula mediante cuotas periódicas, con ciertas ventajas del crédito como son la posibilidad de pagar durante un período solo los intereses sobre el capital dispuesto, la modificación del importe de las cuotas o una posible nueva disponibilidad de todo o parte del capital.

3. La finalidad perseguida por la Ley del ITPyAJD es contraria al argumento para no conceder la exención tributaria

A tales efectos, ya en la propia Exposición de Motivos de la [Ley 2/1994](#) se decía que el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del "cambio de hipoteca": la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Esta Ley viene además a cumplir con el mandato parlamentario que en su moción del 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, instaba al Gobierno a "habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los arts. 1.211 y concordantes del [Código Civil](#), puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor".

Es cierto que en dicha norma existe una continua referencia a los préstamos hipotecarios (arts. 1, 2, 3, 8 y 9), si bien, a partir de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la [Ley 2/1981, de 25 de marzo](#), de la Regulación del Mercado Hipotecario y Otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, y que afecta asimismo a la [Ley 2/1994](#) en sus arts. 2, 4, 8 y 9, ya se mencionan expresamente ambas figuras. Así, en la Exposición de Motivos de dicha Ley 41/2007, se señala como función de la nueva Ley el fomento del crecimiento del mercado de títulos hipotecarios, por un lado, y no se discrimina regulatoriamente entre las diferentes opciones de préstamo o crédito hipotecario abiertas a los clientes del otro, asimismo se dice que uno de los objetivos de la presente Ley es alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado. En concreto, el Capítulo V se refiere al cálculo de los costes arancelarios, mencionando tanto a los préstamos como a créditos hipotecarios, no pareciendo razonable que se les favorezca en un concepto (costes arancelarios), pero no en el otro (impuesto).

Por su parte, el [RD 716/2009, de 24 de abril](#), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y Otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, realiza, asimismo, referencias conjuntas a los préstamos y créditos hipotecarios, incluso al referirse a la normativa anterior.

Cabe indicar que el art. 8 del [RDL 6/ 2012, de 9 de marzo](#), de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, ha establecido una nueva exención en el ITPyAJD que se extiende a las escrituras de formalización de novaciones contractuales tanto de préstamos como de créditos hipotecarios.

4. No es correcto amparar la negativa a la exención tributaria en la prohibición a la extensión analógica de la norma establecida en la Ley General Tributaria

El art. 14 de la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre](#), General Tributaria, no admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos tanto el ámbito del hecho imponible como el de las exenciones, y demás beneficios o incentivos fiscales.

Pues bien, lo prohibido por el art. 23, apdo. 3, de la Ley General Tributaria es el recurso a la analogía para extender más allá de sus términos el ámbito de las exenciones y bonificaciones tributarias no estableciendo, sin embargo, ningún criterio específico de interpretación de las normas constitutivas de exenciones o bonificaciones, las cuales deberán ser interpretadas con arreglo a los mismos criterios o métodos que el resto de las normas tributarias; criterios que, a su vez, no difieren en nada de los empleados normalmente para la interpretación de las normas jurídicas en general, pues, no en vano, el apdo. 1.º del citado precepto dispone que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho, lo que conlleva una remisión al art. 3, apdo. 1, del Código Civil.

En definitiva, la conclusión de la extensión de la exención en el Impuesto a las novaciones de créditos no supone una extensión analógica de la norma, sino una integración interpretativa de la misma basándose en lo dispuesto en el art. 3, apdo. 1, del Código Civil, el cual incluye como criterio de interpretación el de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En conclusión, partiendo de una equiparación tradicional que en el Impuesto existe entre préstamos y créditos, habida cuenta de la necesidad de interpretar la Ley de acuerdo con la finalidad de la norma y a la vista de la legislación posterior a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, el TEAC considera que la exención se ha de aplicar en los casos a la financiación hipotecaria en general, cualquiera que sea el modelo de instrumentación utilizada, crédito o préstamo.

Este criterio novedoso del que podría beneficiarse todo contribuyente que tuviera pendiente de recurso (administrativo o contencioso) su liquidación del Impuesto por dicho concepto, se expresa también en Resolución del TEAC de fecha 16 de mayo del 2013 y es reflejo del criterio aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sentencia de fecha 25 de junio de 2012) y esperamos sea compartido y refrendado por los restantes Tribunales Superiores de Justicia, entre los que se encuentran Madrid, Andalucía o Castilla y León, al contar en sus resoluciones sobre asuntos similares (hasta hoy) fallos en sentido negativo a admitir la exención del Impuesto a los créditos hipotecarios.

Samuel de Huerta Hernández
Director de Sepín Fiscal. Abogado

Tributación de un despacho de abogados: economía de opción vs. fraude de ley

Dejando al margen los beneficios directos de tener un experto cercano cuando toca relacionarse con la Administración Tributaria, el planteamiento recurrente en el área del Derecho Fiscal es: ¿cómo consigo pagar menos?.

La búsqueda de la respuesta lleva inexorablemente a las denominadas economías de opción, alternativas fiscales más beneficiosas que son admitidas por el Derecho Tributario, si bien limitan con el fraude de ley, acto realizado al amparo de la norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento fiscal.

Se parte de que el Estatuto General de la Abogacía establece que los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, por lo que nada se puede objetar a la forma societaria a escoger, ahora bien, el debate surge cuando lo que se pretende es que los servicios prestados por cada uno de los socios-abogados a los clientes sean prestados por una sociedad de intermediación de la que participa cada socio. El tratamiento fiscal que se pretende es crear un doble y simultáneo sistema retributivo con un distinto tratamiento y carga tributaria: (1) por parte de la entidad mercantil a favor del socio y; (2) a favor de aquella sociedad de intermediación, participada por el socio.

La operativa es la siguiente:

- La tributación de la renta en sede de la sociedad, por el Impuesto sobre Sociedades, genera un evidente diferimiento de la tributación, inmediata en el seno del socio por el IRPF, y menor, dado el tipo impositivo del IRPF -marginal, para el nivel de rentas.
- Igualmente se produce una minoración de la tributación, mediante fraccionamiento de rentas -splitting-, al fraccionar la renta que percibe el socio por los servicios jurídicos que presta, en dos partes, una

que tributa por el IRPF, otra que tributa por el Impuesto sobre Sociedades.

- Una minoración de la tributación, enjugando en el seno de este tipo de sociedades de intermediación los ingresos derivados de su actividad profesional con partidas de gasto que traen causa de muy diversas actividades distintas de la prestación de servicios jurídicos.

Por lo tanto, tomando en consideración la operativa, la diferencia en la calificación de la estructura del bufete como un fraude de ley tributaria o una economía de opción válida radica en determinar si la intermediación de aquellas sociedades (socios) en la prestación de los servicios jurídicos de la mercantil a sus clientes responde a una realidad material sustancial, con una causa negocial lícita; o si por el contrario son meros artificios jurídico-formales que tratan de simular una realidad material y que tienen por única finalidad minorar la carga fiscal de las rentas que obtienen los socios, abogados, por la prestación de sus servicios, mediante esa doble vía de retribución.

En el caso concreto del bufete objeto de estudio, cada socio-abogado contaba con el apoyo de toda la organización que el despacho ponía a su disposición, incluidos los gastos en los que incurría para llevar a cabo aquel servicio de asesoramiento jurídico contratado.

Por lo tanto, se cuestiona el TEAC, si el socio-abogado disponía de esta completa infraestructura de medios proporcionado por la sociedad, y atendiendo al régimen de organización y retribución de los socios del despacho en el ejercicio de su profesión, ¿es creíble la necesidad o conveniencia de la interposición de sociedades a los efectos de prestar el mismo servicio jurídico al cliente sin que se vislumbre siquiera qué valor pueden añadir a dicho servicio? La respuesta para el TEAC se hace evidente, NO.

La [sentencia de 5 de diciembre de 2012](#) de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional apoya esta conclusión puesto que, "la interposición de una sociedad entre el socio y la sociedad profesional ... carece de causa, y no responde a un servicio prestado por la sociedad".

Se ha de añadir a lo anterior que la relación entre abogado y cliente se ha venido a definir como intuitu personae, lo que justifica y razona en

más la conclusión a la que llega el órgano económico-administrativo: la relación personal intuitu personae que une al socio o abogado y al cliente, en nada se ve afectada por la interposición de una sociedad mercantil, hasta el punto de que aquella sociedad de intermediación es ajena o extraña para el propio cliente; el cliente contrata con la mercantil la prestación de unos servicios jurídicos a través de uno de sus socios o abogados y, el servicio que finalmente se presta, resulta del todo ajeno a la interposición o no de una o varias sociedades, pues aquellos servicios jurídicos son prestados de forma material por el socio o abogado de la sociedad.

Por lo tanto y en conclusión, resulta insostenible para el TEAC construir simultáneamente un doble sistema retributivo por una sociedad compuesta por socios que son a su vez sociedad, máxime cuando se está ante la misma prestación de servicios jurídicos del socio a favor del cliente del despacho y cuando ninguna actuación o prueba permite distinguir o identificar tales servicios con una determinada retribución, la constitución de la sociedad en el presente no ofrecía ninguna causa o finalidad en el ámbito de la prestación de los servicios profesionales, luego para que la minoración de la tributación sea factible habrá que aportar al menos el coste de los materiales empleados y de los desplazamientos para justificar la segunda factura.

Samuel de Huerta Hernández
Director de Sepín Fiscal. Abogado

La suspensión del lanzamiento en las ejecuciones hipotecarias

Tras los últimos acontecimientos sucedidos en nuestro país en relación con los desahucios tras una ejecución hipotecaria, que ha llevado a algunos afectados que iban a ser desalojados de sus viviendas hasta la consecuencia más extrema, como es la de quitarse la vida, mayoritariamente la sociedad española, incluidos los poderes políticos, se han puesto de acuerdo sobre la necesidad de realizar una reforma de nuestra legislación para de alguna forma poder paliar la dramática realidad existente.

Ante tal situación, el Gobierno ha promulgado el [Real Decreto-Ley 27/2012](#), de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que supone la tercera norma publicada en dos años, tras el [Real Decreto-ley 8/2011](#) y el [Real Decreto-ley 6/2012](#) para intentar proteger a las personas que se enfrentan a la imposibilidad de hacer frente al pago del préstamo hipotecario.

En la normativa publicada en el BOE de hoy, se establece la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, fijando un plazo de dos años en el que no se podrá producir dicho lanzamiento y determinando como los supuestos de vulnerabilidad los siguientes:

- a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

Cuando un ciudadano se encuentre en uno de estos supuestos podrá solicitar la suspensión siempre y cuando se cumplan además de forma conjunta los siguientes presupuestos:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La concurrencia de todos los requisitos anteriormente expuestos se puede acreditar por el deudor ante el juez o notario encargado del procedimiento de ejecución hipotecaria en cualquier momento siempre que sea anterior a la ejecución de lanzamiento.

Por tanto nos encontramos ante una nueva posibilidad para que miles de familias no pierdan su vivienda de forma inmediata, y a diferencia de los supuestos regulados en las normativas anteriores, que han resultado prácticamente inservibles, ya que para poder acceder a su regulación se debía cumplir unos requisitos excesivamente estrictos, con el nuevo Real Decreto-ley, se abre una verdadera oportunidad para poder combatir el lastre que implica el elevadísimo número de ejecuciones

hipotecarias existentes, para lo que disponemos ya en nuestra base de datos de un [formulario](#) para solicitar la suspensión de la ejecución hipotecaria adaptado a la nueva regulación establecida .

Por otro lado, el propio Consejo General de la Abogacía Española, también ha puesto a disposición de todos los ciudadanos que se enfrenten a una ejecución hipotecaria un [escrito](#) para presentar ante el juzgado solicitando que se proceda a la suspensión del procedimiento, si bien, por cuestiones distintas a las reguladas en el citado Real Decreto-ley.

En el mismo, se establecen como alegaciones para la justificación de la paralización entre otras la situación de emergencia como de alarma social existente, ante los más de 400.000 desahucios que se han producido en los últimos años, la existencia de una violación sistemática de los derechos humanos y más concretamente el derecho a una vivienda adecuada, y fundamentalmente el hecho de existir una cuestión prejudicial tras el planteamiento realizado por el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de que valore si el sistema de ejecución hipotecaria español respeta lo parámetros mínimos que exige la normativa comunitaria española de tutela de consumidores y usuarios, y ha dado origen a la cuestión prejudicial C415/2011, cuestión que ha sido objeto de [comentario](#) por nuestro compañero Miguel Guerra Pérez, Director de Sepín Proceso Civil.

Félix López-Dávila Agüeros
Director de Sepín Inmobiliario. Abogado

Devolución de las cantidades abonadas por la aplicación de una cláusula suelo que es declarada nula

La verdad, y pese a que en dicha sentencia, el Tribunal Supremo estableció que la declaración de nulidad no implicaba su retroactividad ni la obligación de devolver las cantidades cobradas indebidamente, en la actualidad nos encontramos ante una verdadera incógnita de lo que puede decidir el Juez de turno cuando se le plantea esta cuestión.

De forma mayoritaria, se está aceptando por los juzgados la nulidad de la cláusula suelo contra aquellas entidades que no han procedido a su retirada de los contratos de préstamo hipotecario, pero en cuanto a la devolución de las cantidades pagadas por el cliente en base a las mismas, es una cuestión aparte, en la que no existe consenso y en la que depende de la consideración que el juzgador tenga sobre la vinculación de lo establecido en la sentencia del TS.

Así, algunos Tribunales vienen estableciendo que si tras la proclamación de nulidad de la cláusula suelo, se establece la obligación de devolver las cantidades, se estaría dando un efecto retroactivo a dicha nulidad, lo que contradice el criterio marcado por el Tribunal Supremo, por lo que no acceden a dicha petición.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, 15/2014, de 28 de enero](#) SP/AUTRJ/748648

[AP Badajoz, Mérida, Sec. 3.ª, 17/2014, de 14 de enero](#) SP/SENT/751067

[AP Zaragoza, Sec. 5.ª, 1/2014, de 8 de enero](#) SP/SENT/748756

Por otra parte, nos encontramos ante órganos jurisdiccionales, que no siguen dicho razonamiento, y consideran que el criterio mantenido por el TS para determinar la irretroactividad es únicamente en referencia al caso planteado en su sentencia ante la posibilidad de trastornar el orden público, pero sin que pueda ser aplicado de forma automática a cualquier otro supuesto, por lo que consideran, que declarada nula la cláusula suelo, en base a lo establecido en el artículo 1303 C.C, se debe proceder a la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

[AP Murcia, Sec. 4.ª, 530/2013, de 12 de septiembre,](#) SP/SENT/735668

AP Alicante, Sec. 8.ª, 335/2013, de 23 de julio SP/SENT/730818

Juzgado de lo Mercantil Bilbao, n.º 1, 134/2013, de 19 de junio
SP/SENT/725775

Juzgado de lo Mercantil Barcelona, n.º 5, 88/2013, de 17 de junio
SP/SENT/725456

En una [encuesta](#) (SP/DOCT/18063) realizada por nuestra editorial, todos nuestros colaboradores, llegaron a la conclusión, que la sentencia del Tribunal Supremo, no podía ser extrapolada a cualquier supuesto posterior, y por tanto, era posible determinar la obligación de proceder a la devolución de las cantidades abonadas por el prestatario, tras la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Estamos por tanto, ante una situación que, mientras que no sea objeto de una expresa regulación legal, seguro que sigue siendo objeto de una amplia discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, en la que existirán partidarios de una u otra posición, con argumentos sólidos y válidos, si bien, nosotros nos inclinamos por considerar, que si efectivamente ha existido una falta de transparencia por parte de la prestamista, que ha llevado al consumidor a no tener un perfecto conocimiento de las cláusulas pactadas o ha producido un error en el consentimiento debido a la existencia de una postura privilegiada de la entidad financiera como parte más fuerte, la consecuencia es que tras la declaración de nulidad se deban devolver las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor, con el fin de conseguir su verdadera protección ante situaciones en las que se encuentra en inferioridad con la otra parte del contrato.

Félix López-Dávila Agüeros
Director de Sepín Inmobiliario. Abogado

¿Cómo y contra quién puede reclamar el comprador por los defectos en una vivienda de nueva construcción una vez entregada?

Tras la compra de una vivienda de nueva construcción, uno de los problemas más habituales con los que se suele encontrar el comprador es la existencia de defectos en la construcción que provocan daños en la edificación.

Como garantía para el comprador ante estas situaciones, nos encontramos con la existencia de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la que, además de establecerse cuales son las funciones y responsabilidades de cada uno de los agentes que intervienen en la construcción, en su art. 17 determina los plazos de garantía que deben existir, dependiendo del tipo de defecto ante el que nos encontramos, declarando una responsabilidad “ex lege” y no basada en la relación contractual que existe en virtud del contrato de compraventa.

Así, dicho artículo establece un plazo de 10 años, si los daños se deben a defectos o vicios que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Por otro lado, si los daños ocasionan el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, el plazo será de tres años, mientras que si nos encontramos ante defectos que afectan a elementos de terminación o acabado, el plazo será de un año.

Se debe tener en cuenta, que los plazos anteriormente citados, empiezan a computarse desde el momento en que se suscriba el acta de recepción, según determina el art. 6.5 LOE, y que el ejercicio de la acción prescribe en el plazo de dos años desde que aparecieron los defectos (art. 18).

Por lo tanto, si se producen daños tras la construcción, lo primero que hay que hacer es solicitar un informe de un perito cualificado para

determinar ante qué tipos de defectos nos encontramos y cuál ha sido la causa de su producción, para poder conocer si estamos ante defectos que quedan cubiertos por su plazo de garantía correspondiente y qué agente de la construcción es el responsable, si se puede determinar de forma individualizada o si existe una responsabilidad solidaria.

Una vez determinadas ambas cuestiones, se deberá proceder a la oportuna reclamación extrajudicial a quien se considere responsable o responsables, para que procedan a su reparación, y, si se tiene suerte, lo que es el caso menos probable, dichos agentes tomarán las oportunas medidas, reparando los defectos y solucionando los problemas existentes.

Ahora bien, lo más habitual, es que esa reclamación no sea atendida por nadie o que el requerido no se haga responsable, ya que el promotor dirá que la culpa es del constructor, este a su vez dirá que el defecto es por culpa del proyecto, el proyectista dirá que la culpa es del aparejador, etc., quedando como única vía, el acudir al correspondiente proceso judicial, pero por lo menos la reclamación extrajudicial, habrá servido para interrumpir el plazo de prescripción de dos años, por lo que es conveniente que quede prueba de su realización, para que luego no se pueda alegar por el demandado que la acción está prescrita.

Si se tiene que acudir a dicho proceso, y siempre y cuando, los defectos se hayan producido y reclamado dentro de los plazos indicados, el comprador puede ejercitar la acción contra el agente que considere responsable si dicha responsabilidad se ha podido individualizar (art. 17.2 LOE), o si no ha sido posible dicha individualización, exigir una responsabilidad solidaria (art. 17.3 LOE). Debiendo tener presente que el promotor siempre responde de forma solidaria y, por tanto, siempre se podrá ejercitar la acción contra el mismo, con independencia de quien haya sido el agente responsable, y al margen de la acción de repetición que tenga el promotor en el caso de ser condenado contra el agente realmente responsable.

Por último, indicar que en el supuesto de que los plazos establecidos en la LOE hayan o no transcurrido, el comprador, con base en lo establecido en el art. 17.9, puede acudir a la acción basada en el incumplimiento del contrato de compraventa (arts. 1.100 y ss. CC), cuyo plazo de prescripción es el general de 15 años (art. 1.964 CC), acción que únicamente podrá

dirigir contra el vendedor de la vivienda, nunca contra el constructor, el arquitecto o cualquier otro agente de la construcción, con los que no existe un vínculo contractual y que puede ejercitarse de forma conjunta con las acciones basadas en la LOE.

Hay que tener en cuenta que los Tribunales vienen admitiendo en muchos supuestos la responsabilidad del promotor-vendedor por el incumplimiento del contrato de compraventa, cuando el plazo de garantía de la LOE ya ha transcurrido, por lo que es una opción que debe tenerse muy presente, ya que los distintos agentes de la construcción siempre van a intentar alegar o su falta de responsabilidad o la prescripción de la acción, debiendo acudir como única salida a la responsabilidad contractual.

Félix López-Dávila Agüeros
Director de Sepín Inmobiliario. Abogado

Se compensan económicamente las vacaciones no disfrutadas en caso de fallecimiento del trabajador

En la [sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con fecha del día 12 de junio](#), se ha confirmado la posibilidad de que la viuda del cónyuge fallecido tenga derecho a una compensación financiera correspondiente a las vacaciones anuales no disfrutadas por su marido.

La cuestión planteada nace con motivo del rechazo por parte del Estado miembro, en nuestro caso Alemania, de la reclamación de la viuda al no considerarse el fallecimiento del trabajador como una causa de finalización del contrato que dé lugar al nacimiento del derecho a la compensación por las vacaciones anuales no disfrutadas por el cónyuge fallecido, con motivo de una enfermedad grave que arrastraba y al que se le concedió baja laboral hasta su fallecimiento final.

Pues bien, para dar respuesta a la cuestión planteada en nuestro post de hoy, tomamos en consideración la [Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo](#), al establecer en su art. 7.2 lo siguiente: “El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”. Es decir, tan solo se exige para que exista una compensación real que la relación laboral haya concluido y que el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones anuales al haber finalizado su relación contractual. Por decirlo más claramente, no se pone ninguna condición al reconocimiento del derecho a una compensación económica en caso del fallecimiento, sin que además sea necesaria la solicitud previa del interesado y no estando, por lo tanto, dispensado el empresario del trabajador difunto del pago de la misma.

Siendo así, no cabe interpretar que la Directiva esté excluyendo el supuesto del fallecimiento del trabajador como causa que pone fin a la relación laboral y de forma que quede extinguido el derecho a una

compensación por las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas. Así, como señala reiterada jurisprudencia al respecto, “el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, al cual no pueden establecerse excepciones” y por otro lado, “dicha Directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho”.

De hecho, como se dice en la propia Sentencia si la obligación del pago de las vacaciones anuales retribuidas cesara al finalizar la relación laboral por el fallecimiento del trabajador, tal circunstancia tendría como consecuencia que un hecho fortuito, podría suponer la pérdida total del propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

Por todo ello, el reconocimiento del Derecho de la Unión a una compensación financiera en el caso de que la relación laboral finalice por el fallecimiento del trabajador responde a nuestra duda, al ser indispensable para garantizar el efecto útil del derecho a las vacaciones anuales retribuidas y concedidas al trabajador en virtud de la Directiva 2003/88 mencionada.

José F. Santiago Hidalgo
Documentación Jurídica de Sepín. Abogado

Salir de España hasta 90 días sin perder el paro

El Tribunal Supremo ha avalado, en su sentencia de 18 de octubre de 2012 (recurso 4325/2011), que los beneficiarios de prestaciones por desempleo puedan viajar al extranjero hasta 90 días sin perder el derecho a cobrar el paro, aunque el pago quedará suspendido hasta su regreso al país.

La novedad respecto a lo establecido en la ley está en el supuesto de la suspensión, que se podrá aplicar cuando se produzca un desplazamiento al extranjero de menos de 90 días, plazo que el Supremo justifica en que se trata del periodo establecido en la legislación de extranjería para determinar el paso de la estancia a la residencia temporal.

La aplicación de esta doctrina lleva al Supremo a dictaminar que el caso recurrido por la ciudadana sancionada por el cobro indebido del paro es un supuesto de prestación suspendida y no extinguida.

Alberto Sierra Villaécija
Director de Sepín Laboral. Abogado

¿Basta con decir “no debo” como causa de oposición en el monitorio?

En primer lugar, quiero aprovechar estas líneas inaugurales del Blog de Sepín Proceso Civil para dar la bienvenida a este nuevo espacio de comunicación jurídica a todos nuestros suscriptores, abogados y juristas en general.

Y empleo la palabra [jurista](#) porque teniendo una palabra tan precisa no entiendo el empeño por emplear la expresión “[operador jurídico](#)” que no es de mi agrado, ni etimológicamente ni semánticamente, y que, como expone la Real Academia Española, es más certera para los que manejan centralitas de teléfono, proyectores de cine y otros artilugios similares, algo bastante ajeno a lo que es nuestra profesión diaria.

Eran muchos los suscriptores que desde hace años nos sugerían esta posibilidad y tanto la Editorial como yo personalmente esperamos cubrir la confianza y expectativas depositadas en nosotros.

Eligiendo un tema que pudiera suscitar el interés de este foro de debate y fomentar las opiniones, me vinieron a la cabeza las jornadas sobre “La reciente reforma de los procesos: ¿hacia una justicia más eficaz? Novedades en los procesos monitorio y cambiario” celebradas en Barbastro los días 14 a 16 de mayo, en las que participé como ponente. En ellas, una Magistrada cuestionó que, con frecuencia, durante el proceso monitorio, el deudor, en su escrito de oposición, se limitaba a decir que “no debía las cantidades reclamadas” o en afirmar “la inexistencia de la deuda” y poco más y que, luego, en la vista –en aquellos casos en los cuales se transformaba en verbal– de forma profusa articulaba toda una serie de argumentos de oposición nunca anunciados antes.

□

Yo, sinceramente, pensaba que la cuestión estaba suficientemente clara y resuelta.

Desde luego, en Sepín lo habíamos tratado desde que entró en vigor la LEC 1/2000 mediante una [Encuesta Jurídica, Jurisprudencia al Detalle sobre el monitorio](#) y múltiples [comentarios](#), pero la constatación de la

jurisprudencia más reciente revela que, transcurridos 12 años desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la polémica sigue abierta.

Estas resoluciones señalan que en ninguno de los artículos reguladores del monitorio se contiene previsión expresa de las consecuencias que habrán de derivarse del hecho de que en el escrito de oposición la parte se limite a oponerse a la pretensión negando simplemente la deuda y manifestando no reconocer los documentos en que se sustenta la reclamación.

Los partidarios de esta doctrina alegan que la mayor o menor extensión de las razones dadas para oponerse el deudor, su precisión o imprecisión, no es cuestión que permita inadmitir la oposición deducida y abrir la vía de la ejecución contra un deudor que ha comparecido para oponerse a esa posibilidad, de manera que, en casos como el que nos ocupa, la respuesta ha de ser la de tener al deudor por opuesto y proceder en consecuencia según la cuantía que se reclame.

Esta tesis permitiría que alegaciones como "no debo", "la deuda es inexistente" o similares serían suficientes y ello posibilitaría que en el verbal posterior se procediera a la concreción de las causas de oposición.

Por contra, otras resoluciones de Audiencias, como son el [Auto de la AP Badajoz, Sección 3.ª, de 6 de julio de 2009](#) y otras que cita dicha resolución (SAP Pontevedra de 14 de mayo de 2009, SAP La Rioja de 20 de abril de 2009, AAP Castellón de 12 de abril de 2009, SAP Valencia de 16 de abril de 2009 o AAP Madrid de 11 de marzo de 2009) señalan que no sería suficiente con un "no debo", ya que la exigencia de que se expongan "sucintamente" esas razones no es gratuita, responde al principio de la buena fe procesal (art. 11 LOPJ y art. 247.1 LEC), que impone a las partes el deber de no ocultar a la contraria los fundamentos de su pretensión, de modo que, no le es dado reservarse u "ocultar" sus razones, sino que debe exponerlas, eso sí, de manera sucinta.

La consecuencia de esta inobservancia es que, aunque se tenga por comparecido al demandado, no se le pueda tener por opuesto.

Ahora bien, ¿qué sucede si llegada la vista del verbal, ante la vaguedad

del escrito de oposición del deudor que se limita a negar la deuda sin especificar claramente el porqué, pretende el letrado del deudor exponer toda una serie de motivos que ni tan siquiera se esbozaron en el "sucinto" escrito de oposición?

En la vista del juicio verbal, al acreedor tan solo le es dado en principio ratificar la demanda inicial y expresar sus fundamentos, sin incurrir en mutación de la causa de pedir que pudiese sorprender y dejar indefenso al demandado; correlativamente, cabría entender que, con adiciones o alteraciones sustanciales de las razones de oposición sucintamente anticipadas por el deudor, podrían producirse aquellas mismas sorpresa e indefensión, ahora en perjuicio del acreedor.

Ambos intereses y sus recíprocas defensas, como señala [Ortiz Navacerrada](#), pueden y deben conjugarse.

Es cierto que el problema arranca tanto de la petición inicial, que no olvidemos no es una demanda, a la que la Ley fija un contenido mínimo, como de ese carácter breve que se otorga al escrito de oposición cuya finalidad es eludir la ejecución, aunque no abusiva ni asépticamente, sino con razones sucintas.

Ni el deudor conoce otros fundamentos de la reclamación distintos de los escuetos que devienen del documento aportado con la petición ni tampoco el acreedor -si el deudor está debidamente asesorado-, ya que el día de la vista puede encontrarse con que el deudor insiste en las mismas causas de oposición que sucintamente ha adelantado, pero nada impediría que las mismas pudieran ser objeto de un mayor desarrollo y fundamentación, aunque igualmente podría intentar añadir otras distintas o sobrevenidas, y puede, incluso, formular reconvencción.

[El Tribunal Supremo](#), incidentalmente, con ocasión de una demanda por error judicial, parece inclinarse por la preclusividad alegatoria señalando que "la doctrina que aquella aplica considerando precluida la posibilidad de formular excepciones en la vista del juicio verbal que no hayan sido hechas valer en el escrito de oposición a la petición de proceso monitorio ha sido mantenida por diversas Audiencias Provinciales, por lo que no puede considerarse manifiestamente errónea", pero lo cierto es que a fecha de hoy sigue existiendo dualidad de soluciones en nuestras distintas Audiencias Provinciales.

Pero los que no me convencen son los argumentos que señalan que el acreedor en el verbal, ante los nuevos motivos de oposición, está indefenso o que no hay paridad de armas de ataque y defensa, porque yo me pregunto ¿es que en el resto de verbales no se produce igualmente este problema y la citada indefensión? ¿Si exigimos un escrito de oposición completo con efectos preclusivos no estamos desvirtuando el monitorio?

Desde luego, los argumentos negativos deben basarse más en una posible mala fe procesal que en argumentos de indefensión, porque si no habría que extrapolar estos argumentos a todos los verbales en general. Salvo mejor parecer.

Miguel Guerra Pérez
Director de Sepín Proceso Civil. Abogado

¿Puede el demandado aportar un dictamen pericial en la vista del verbal?

Lamentablemente a veces las Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 no son todo lo precisas que sería deseable y algunos de los problemas detectados desde que entró en vigor, ya el lejano 8 de enero de 2001, siguen existiendo pese a las modificaciones que para solventarlos se han efectuado. Modificaciones que, me atrevo a decir, muchas veces no han tenido el éxito pretendido.

Sin duda uno de estos problemas desde que entró en vigor la LEC fue la aportación del dictamen pericial en la vista del verbal.

Conscientes de ello, SEPIN lo planteó en la [Encuesta Jurídica](#) que se publicó en nuestra Revista sepinNET enjuiciamiento civil núm. 37, de enero de 2004. En la misma, la comprensión de la Ley ya dio lugar a respuestas diversas: en primer lugar, la postura mayoritaria entendió que la aportación de un dictamen pericial por el demandado debía hacerse en la propia vista. No obstante, algunos autores señalaron que era necesario hacerlo con cinco días de antelación, tratando de evitar indefensiones para la parte actora y la igualdad de medios de ataque y defensa.

La jurisprudencia, antes de la Reforma, que puede consultarse en nuestra [base de datos](#) estaba igualmente dividida: a favor de la vista, AP de Asturias, Sección 5.ª, 342/2007, 5-10-2007 (SP/SENT/151476); AP de Tarragona, Sección 3.ª, 304/2007, 13-7-2007 (SP/SENT/141628); AP de Pontevedra, Sección 1.ª 77/2006, 9-2-2006 (SP/SENT/100408); y en contra, por ejemplo, se pronuncia la AP de Jaén, Sección 2.ª, 25/2006, 8-2-2006 (SP/SENT/100396).

La modificación de la LEC por la Ley 13/2009 de Reforma de la Oficina Judicial aunque modificó alguno de los artículos de la pericial tampoco ha clarificado mucho el tema.

Parece claro que si hablamos del dictamen pericial de parte de la demandante que no aportó el dictamen inicialmente y se limitó a

anunciar su aportación en la demanda el art. 265 y, sobre todo, el art. 337.1 de la norma procesal después de la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial, señalan que debe aportarse cinco días antes de la vista.

Así lo determina dicho precepto: "1. Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal".

Ahora bien, ¿qué sucede con la pericial de parte de la demandada? ¿debe igualmente aportarla cinco días antes de la vista? ¿puede hacerlo en ese mismo acto?

Según mi criterio y aunque de lege ferenda todos podamos compartir que sería deseable que la demandada se viera obligada a aportarlo antes - igual que se exige a la actora- para que esta última pudiera estudiarlo, criticarlo, hacer preguntas al perito... evitándole indefensión o abocando a una suspensión de la vista del verbal de lege lata no puede ser esta la solución.

La Ley sigue indicando que la parte demandada puede aportar el dictamen en la vista.

Y esta aportación, ya se considere que es un olvido del legislador o que genera indefensión, nos guste o no, es válida porque así lo prevé expresamente el art. 265.4, que señala: "En los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto de la vista".

Es el problema de reformar unos preceptos -los de la prueba pericial- sin tener en cuenta los generales de aportación de documentos y periciales previstos en los arts. 264 y ss. Concretamente el art. 265.4

El referido precepto es terminante y sigue posibilitando que el demandado presente los dictámenes en la vista del verbal y lo cierto es que la Reforma de la LEC 1/2000, por la Ley 13/2009, no ha puesto freno

a este considerado por muchos abuso de la parte demandada.

La ley dice lo que dice y ni se ha tocado el art. 265.4 ni se ha reformado el art. 336 que señala que el momento de aportación es la contestación (y no olvidemos que en el verbal el demandado contesta en la vista).

Tampoco entendemos que sea un obstáculo el citado art. 337 que señala "si no les fuese posible aportarlo con la contestación (...). Cinco días antes de la audiencia previa o de la vista" porque dicho precepto se refiere a los dictámenes que anuncia la actora en el ordinario o verbal o la demandada en la contestación del ordinario, pero no puede resultar de aplicación a la parte demandada cuando, por otro lado, toda la regulación señala que en el verbal general -sin contestación escrita- la pericial del demandado se solicita o aporta en la propia vista. Todo ello dejando siempre al margen los verbales con contestación escrita (los del libro IV) que sí tienen regla especial en el número 1 del art. 336 y habrán de aportarse con la propia contestación.

En definitiva se pueden entender que sigue vigente la doctrina sentada por la [STC, Sala Segunda, 60/2007, de 26 de marzo](#) que señaló que no es extemporánea, tratándose del juicio verbal, la aportación en el acto de la vista de dictámenes periciales.

En la jurisprudencia de nuestras Audiencias encontramos de todo:- A favor de la aportación en la vista [AP A Coruña, Santiago de Compostela, Sec. 6.ª, 19-12-2011](#) señala que "La interpretación realizada por el Juez de Primera Instancia núm. 2 de Coria del Río en el presente caso, exigiendo, con base en el art. 337.1 LEC, la aportación en el juicio verbal de los dictámenes periciales por parte del demandado con anterioridad a la vista no se corresponde, como queda señalado, con lo expresamente previsto en el art. 265.4 LEC, que se refiere a la aportación de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes en el acto de la vista del juicio verbal. Por otra parte el art. 337 LEC no resulta aplicable en la situación que se produjo en el caso, pues regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo "anuncian" en sus escritos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda".

- Otras Audiencias por el contrario indican que se trata de evitar las

consecuencias de que se aporte el informe en el acto de la vista lo que impediría a la parte contraria su examen adecuado y se le privaría de la posibilidad de solicitar la comparecencia del perito al objeto de hacer las explicaciones que estime convenientes. Todo ello supondría la vulneración del principio de igualdad de las partes al privarse a la actora de la posibilidad de examinar el informe pericial del demandado antes de la vista, cuando éste sí ha podido examinar adecuadamente el aportado por el actor con la demanda ([SAP Guadalajara, Sec. 1.ª, 12-09-2012](#)).

Conclusión: dejando otras consideraciones al margen, como la dificultad que puede tener para la demandada conseguir una pericial a tiempo y encima aportarlo cinco días antes de la vista si se respetasen los plazos máximos de celebración de la misma -que la Ley fija en 20 días- lo cierto es que debió reformarse el art. 265.4 y el art. 336 exigiendo que la pericial estuviera siempre en el Juzgado cinco días antes de la vista, pero no se hizo y por ello no puede exigirse a la demandada su aportación anterior cuando dicho precepto señala literalmente que se presentan "en la vista".

Mala solución, sin duda, pero lex dixit.

Miguel Guerra Pérez
Director de Sepín Proceso Civil. Abogado

El monitorio y declarativo posterior, ¿cabe ampliación de la demanda y de la oposición?

“Usted es eterno Marqués” que diría Valle Inclán en Luces de Bohemia.

Porque lo cierto es que hay temas que “nunca pasan de moda” y siguen siendo polémicos aún cuando habrán transcurrido, ya pronto, quince años desde que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Revisando los temas publicados me apercibo que no he escrito en el Blog sobre uno de ellos, la vinculación entre el monitorio y el declarativo posterior y si supone o no una limitación de la posibilidad de ampliación de la reclamación y/o de las causas de oposición, temas estos en los que las soluciones pese al largo tiempo transcurrido distan mucho de ser pacíficas.

A) Ampliación de la demanda

En SEPIN planteamos la cuestión en todos nuestros formatos: consultas ([SP/CONS/61350](#) y [SP/CONS/66871](#)), comentarios jurisprudenciales ([SP/DOCT/2777](#)) o una Encuesta Jurídica que se suscitó a distintos Magistrados en septiembre 2009 ([SP/DOCT/4211](#)) y, finalmente, en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada ([SP/DOCT/13861](#)).

También se hizo eco de esta cuestión el propio CGPJ en su prontuario para el seminario sobre aspectos procesales del proceso monitorio: cuestiones polémicas. Unificación de criterios del año 2007 ([SP/DOCT/4464](#)).

Confieso que mi posición sobre la materia ha ido evolucionando y, si al principio me manifestaba de una manera claramente restrictiva ([SP/DOCT/13861](#)), pensando que la solución podría no ser idéntica en el ordinario donde sí debía admitirse cierto margen y en el verbal donde era claramente contrario por los problemas de indefensión que para el demandado suponía, con el paso del tiempo se ha ido acentuando mi opinión favorable a la admisión de ampliaciones de demanda.

En el ordinario: Antes de la reforma del art. 818.2 por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre parecían claros los motivos a favor y en contra de la

ampliación:

- A favor: al obligar el art. 818 a presentar una demanda en la forma ordinaria (art. 399 y ss.), ello avocaría a entender que se puede reclamar lo que el demandante tenga por conveniente, ya que no habrá indefensiones desde el momento en que ambas partes tendrán plenas posibilidades alegatorias a través de sus correspondientes escritos de demanda y contestación.
- En contra: el monitorio no es sino una prolongación del ordinario y permitir que se pudieran modificar totalmente los hechos y el suplico fijado inicialmente, añadiendo peticiones nuevas y alterando totalmente el objeto del proceso monitorio era contrario a la buena fe procesal, aunque sí podían tener cierto margen las alegaciones complementarias y aclaratorias. Además, entraría al sistema ordinario de reparto, ya que lo contrario podría suponer un sistema fraudulento de alterar la competencia.

La posibilidad de ampliación objetiva y subjetiva se analizó también en el seminario indicado del CGPJ. Respecto de la primera, se concluyó que el juicio ordinario tiene una conexión con el monitorio anterior siendo, por tanto, una continuidad de éste, no debiendo admitirse. Por el contrario, el actor puede acudir a un proceso declarativo común independiente con las pretensiones que desee. Respecto de la ampliación subjetiva por idénticos motivos de conexión entre monitorio y ordinario, se concluyó que debe impedirse que se pueda dirigir la demanda contra terceros no comprendidos en la solicitud inicial de monitorio, sin perjuicio de la opción anteriormente indicada del acreedor de desistir de este ordinario, interponiendo el declarativo como en el caso anterior.

Ahora bien ¿tras la nueva redacción del art. 818.2 por la reforma del año 2009 en la que se señala que “se sobreseerá” ¿hay argumentos para seguir manteniendo la referida conexión? Sinceramente, entiendo que para evitar otros pleitos debería admitirse sin problemas en el ordinario la ampliación porque no es sino en la contestación cuando precluiría según mi criterio.

En el verbal: aparte de los argumentos expuestos anteriormente para el ordinario, en el verbal se añade la falta de previsión de normas sobre las posibles ampliaciones de demandas en este tipo de procesos. Tema al que también hemos hecho un seguimiento especial a través de criterios de SEPIN ([SP/DOCT/1876](#)) y en Encuesta Jurídica ([SP/DOCT/1231](#)). Aquí los partidarios de la ampliación son menos que en el ordinario.

En la jurisprudencia encontramos de todo: en el ordinario, en contra:

Sentencia de la AP Valladolid, Sec. 3.ª, 1-9-2011 ([SP/SENT/646875](#)) o de la AP Burgos, Sec. 2.ª, 28-12-2005 ([SP/SENT/79755](#)); y a favor: SAP Pontevedra, Sec. 3.ª, 1-6-2010 ([SP/SENT/521994](#)). En el verbal a favor: SAP Jaén, Sec.1.ª 20-1-2011; aunque hay mucha jurisprudencia también en contra: SAP Madrid, Sec. 20.ª, 31-3-2009 ([SP/SENT/460699](#)).

B) - Nuevos motivos de oposición en la contestación

Otra de las cuestiones aún discrepantes es si en la vista de verbal o en la contestación a la demanda del ordinario pueden alegarse nuevas causas de oposición no planteadas en el escrito de oposición o si las mismas habrían precluido o su alegación podría ser contraria a la buena fe. Cuestión analizada por nuestra encuesta de septiembre de 2004 ([SP/DOCT/2128](#)).

Ya indiqué que los motivos de la oposición expuestos en el monitorio no debían tener la virtud de trabar la litis posterior, de encorsetar definitivamente el objeto del debate contradictorio desplazado al juicio declarativo ordinario. Ello lo apoyé en la siguiente argumentación:

1. El art. 818.1 LEC no dice que el escrito de oposición deba de ser motivado, ni se establece consecuencia o sanción alguna a la falta de motivación.
2. La oposición procesal y material se define y se articula en el posterior juicio verbal (art. 443 LEC) o en el posterior juicio ordinario, conforme al art. 405 LEC, donde el demandado podrá invocar: los mismos argumentos indicados en el escrito de oposición, otros nuevos añadidos, e incluso otros distintos, aunque derivados de la pretensión monitoria.
3. El hecho de que, para poder articular oposición al juicio monitorio por encima de las cuantías previstas, sea precisa la intervención de abogado y procurador, no desnaturaliza la falta de vinculación de la oposición inicial con las alegaciones posteriores en la fase de contestación, pues el art. 818.1 LEC regula el mero acto procesal de la oposición a la petición monitoria como postura procesal diferente del pago o del allanamiento, pero anunciada tal oposición sus argumentos y fundamentos se expondrán sin vinculación, ni limitación alguna, en el momento procesal correspondiente indicado de contestación verbal u ordinaria, según corresponda.

Pero es más, del juego de los arts. 400 y 406.4 se deduce que sólo en el

momento de contestar le precluye al demandado la alegación de los hechos y fundamentos en que se basen la contestación o, en su caso, la reconvencción. De esta forma, la actividad alegatoria del demandado puede basarse, aunque sea parcialmente, en hechos posteriores a la fecha de la oposición articulada en el monitorio, y que, por tanto, ni siquiera pudieron ser invocados entonces.

En el seminario sobre el proceso monitorio, suscitada la cuestión de si se produce o no la vinculación del escrito de oposición y de las causas invocadas en el proceso declarativo posterior, se puso de relieve una viva discusión entre aquellos que entienden que los motivos de oposición producen la preclusión de alegaciones defensivas del demandado, al disponer el art. 817 LEC que en dicho escrito alegará "las causas de oposición", y los que por el contrario sostienen que la contestación posterior del proceso es un acto procesal independiente, y que la oposición en el monitorio no produce la preclusión de las alegaciones (ex arts. 400 y 405.3).

Jurisprudencialmente la polémica también sigue abierta. Así, la AP Madrid, Sec. 18.ª, 18-2-2008 ([SP/SENT/162011](#)) señaló que la oposición en el proceso monitorio no vincula al deudor en cuanto a los motivos alegados, pudiendo aquel alegar otros nuevos en el juicio ordinario o en el verbal posterior o la AP Badajoz, Sec. 3.ª, 30-4-2003 ([SP/SENT/54534](#)) indicó que puede alegarse prescripción en el juicio verbal, aunque no se hubiese aducido en el escrito de oposición a la solicitud de monitorio. Pero también hay muchas resoluciones en contra: SAP Valencia, Sec. 7.ª, 473/2010, de 24-9-2010 ([SP/SENT/539316](#)) o SAP Vizcaya, Sec. 3.ª, 7/2005, 4-1-2005 ([SP/SENT/67608](#)).

Otros sectores distinguen entre el juicio verbal y el ordinario: en los primeros se impediría la alegación de nuevos motivos de oposición, en los segundos no. SAP Gijón, Sec. 7.ª de 30-12-2013 o SAP Alicante Sec.6.ª 28-02-2013 señalando esta última:

Así mismo se pronuncian las SAP de Madrid de 3 de junio de 2009 , SAP de Pontevedra de 23.1.09 y la SAP de Alicante Secc. 8ª de 10 de marzo de 2011 , al indicar esta última que "es cierto que no hay norma, ni fundamento para rechazar ad limine la excepción que en su contestación a la demanda formula en tal sentido el apelante, y ello en cuanto que el juicio ordinario actúa de modo independiente respecto del Proceso

monitorio con la excepción, solo a efectos de costas, del plazo para su formulación. Tal independencia, que determina la igualdad de armas en lo que hace al trámite de audiencia, defensa y proposición de medios de prueba, impide aducir vinculación entre el motivo de oposición en el monitorio y el que se deduce en el proceso declarativo ordinario posterior, pues la referencia al mismo en el artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo es sin restricciones en cuanto a alegaciones y defensas."

Aunque no me convencen los argumentos de la indefensión, porque si así fuera también habría indefensión en cualquier verbal, y no sólo en los verbales que dimanen de monitorios, donde el demandado retrasa hasta dicho momento toda su argumentación defensiva –con los problemas que ello plantea al actor-. Pero sí es verdad y razonable los que sostienen que puede resultar contrario a la buena fe procesal que el deudor en la vista del verbal o en la contestación a la demanda alegase toda una batería de argumentos sobre los que nada dijo en su escrito de oposición.

Catorce años después, tras la oposición del deudor, aún vamos a la vista de verbales con el miedo de con qué nos sorprenderá éste y si el Juez admitirá o no nuevos motivos de oposición. Algo que podría haberse solucionado con una simple Reforma nunca se ha clarificado y es esencial porque está en juego el alcance del declarativo posterior.

¿Por qué unas reformas tienen tanta prisa y otras no?

¿Urgía tanto la modificación del art. 813 para solventar los problemas del requerimiento negativo y evitar las múltiples cuestiones de competencia que estaban llegando al TS?. ¿Por qué no se soluciona este tema?

Es este, sin duda, uno de los mayores problemas del monitorio y hemos asistido a reformas de aspectos secundarios de este procedimiento, pero no a esta cuestión que considero esencial, vaya aquí mi denuncia.

Miguel Guerra Pérez
Director de Sepín Proceso Civil. Abogado

Tasas judiciales en los procesos de familia: SOS

La exigencia de las tasas judiciales en los procesos especiales del Libro IV de la [Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil](#), “procesos sobre capacidad, filiación matrimonio y menores” del Título I y “de la división judicial de patrimonios” del Título II está siendo fuente de constante polémica.

Desgraciadamente, cuando las leyes, además de inconstitucionales - según mi modesta opinión- son intempestivas, poco reflexionadas, nada debatidas y, en definitiva, plagadas de deficiencias técnicas, se generan problemas como los que ya estamos sufriendo en el escaso período transcurrido de exigencia de la tasa.

No han pasado ni tan siquiera dos meses desde la aprobación de la Ley y no recuerdo una Reforma que haya sufrido tantas críticas, tantas dudas y tanta inseguridad jurídica. No alcanzo a entender la obstinada y pertinaz resistencia a derogar una norma tan nefasta como esta.

Si tenemos que esperar a que se reforme la norma, a que la Dirección General de Tributos resuelva las dudas interpretativas con consultas vinculantes, a que exista jurisprudencia unificadora de nuestros Tribunales o a que el Tribunal Constitucional, finalmente, la declare inconstitucional, desgraciadamente viviremos meses o años de zozobra.

[La Asociación Española de Abogados de Familia \(AEAFA\)](#) dio con el dedo en la llaga a la hora de analizar las tasas en los procesos de familia cuando [señaló](#):

“los ciudadanos vienen obligados por imperativo legal a acudir a los tribunales para solventar todas aquellas cuestiones que afecten a su estado civil y al orden público en sus relaciones matrimoniales y paternofiliales; es una necesidad ineludible. En este tipo de procesos los ciudadanos no solo tienen el derecho a acudir a los Tribunales en defensa de sus legítimos derechos, sino que es la única vía que tienen precisamente por tratarse de cuestiones de orden público. No tienen alternativa posible que justificaría la imposición de la tasa por recurrir a los tribunales”.

Exponían con una argumentación impecable que las crisis matrimoniales, concretamente la nulidad, la separación y el divorcio obligan a los ciudadanos, quieran o no, a acudir a los Juzgados y calificar como abusivo o cobrar por un servicio que viene impuesto por ley no estaba en modo alguno justificado y hacían una propuesta de exención que abarcara todos los procesos matrimoniales e, incluso, los liquidatorios, además de propuestas de potenciación de otros mecanismos de solución de los conflictos extrajudiciales.

Lamentablemente, esta petición no fue tenida en cuenta, con lo fácil que habría sido excluir, como hacía la Ley anterior, la tasa en estos procesos, o determinar una cantidad moderada, fija y proporcionada de 50 euros por proceso –como sucede en derecho comparado- pero no se hizo y en la actualidad hay un verdadero caos interpretativo.

A diario siguen suscitándose miles de dudas acerca de si un determinado procedimiento o recurso exige o no la tasa judicial y, en materia de Derecho de familia, estas dudas alcanzan su máxima expresión. Para encontrar salidas en este bosque de espinos no hay día en que no nos sorprendamos con un acuerdo de Jueces o de Secretarios Judiciales que trata de suplir las lagunas y deficiencias de una pésima regulación tantas veces denunciada en [nuestro blog](#).

Por otro lado, no es descartable que estos Criterios vayan evolucionando a la vista de las interpretaciones que se vayan imponiendo.

Aunque desde la perspectiva de la función jurisdiccional no resulta deseable ver convertidos a nuestros Jueces y Secretarios Judiciales en legisladores, sin duda merece todo mi elogio el esfuerzo y la labor que están realizando, una vez más, intentando unificar criterios para suplir las dudas y carencias que tan deficiente norma genera. Seamos claros, estos acuerdos, al menos, otorgan una mayor seguridad jurídica en los partidos judiciales donde han sido adoptados pero, por otro lado, presentan el claro riesgo de la disparidad de criterios y una efectiva desigualdad en el acceso a la justicia según se adopte un criterio a favor o en contra de la exigencia de la tasa.

Exigir el abono del coste del servicio consistente en la prestación de justicia –finalidad justificativa de la tasa- en unos lugares sí y en otros no, ante procesos de familia completamente idénticos, es sencillamente inaceptable, pero al “César lo que es del César”, la culpa debe recaer en

el Gobierno (no olvidemos que la tasa arranca de un Proyecto de Ley) y en el Poder Legislativo, no en los simples ejecutores de la ley (Jueces y Secretarios) porque el non liquet les impone a sus Señorías la obligación de resolver en todo caso (art. 1.7 CC) y la Ley 10/2012, a los Secretarios, el deber de no dar curso a las demandas y recursos si no se cumplimenta la misma.

Ámbito de aplicación de la tasa judicial

Centrando el problema, las normas esenciales de las que hay que partir son tres ya conocidas por todos: la [Ley 10/2012, de 20 de noviembre](#), por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y la posterior [Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre](#), por la que se aprueban el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 695 de solicitud de devolución y, finalmente, está la [Instrucción 5/2012, de 21 de noviembre](#), de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa a la liquidación de la tasa judicial.

La primera fija como hecho imponible en el art. 2 a):

"a) La interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, la formulación de reconvenición y la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo (...)".

Igualmente y en lo que a estos procesos especiales del Libro IV se refiere, fija como exenciones objetivas en el art. 4 a) las siguientes:

"a) La interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos en relación con los procesos de capacidad, filiación y menores, así como los procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (...)"

La exención anteriormente aludida suscita un problema que afecta a un gran número, por no decir la mayoría, de los procedimientos declarativos, competencia de los Juzgados de Familia, referente a la determinación de los procesos que deben incardinarse dentro del concepto de procesos de menores y su diferenciación con los procesos matrimoniales, en especial los procesos matrimoniales que afecten a menores.

Obvia decir que estos dos preceptos y la enumeración genérica no han tenido en cuenta la multiplicidad de procesos, incidentes y variedades que contempla el Libro IV de la LEC sobre la materia. Igualmente, y así se hizo constar en el Informe del CGPJ, la regulación, en vez de optar por un sistema de exenciones que tuviera en cuenta la materia sustantiva optó por otro estrictamente procesal que se basa en el tipo de procedimiento ejercitado, lo que propicia aún más las lagunas interpretativas porque: primero, no contempla toda la tipología legal y, segundo, no ha tenido en cuenta que en este tipo de procedimientos pueden acumularse pretensiones de muy diversa índole y de difícil cuantificación.

Esta situación se denunció rápidamente en el Acuerdo de los Secretarios de los Juzgados de Familia de Valencia, que, a la pregunta de qué debe entenderse como procesos matrimoniales y de menores, señaló dos interpretaciones:

“1. Una amplia que considera que prevalece la exención del pago de tasas en todos los procesos en que se ventilen intereses de menores, otorgando un carácter meramente enunciativo a la expresión «así como los procesos matrimoniales». De tal forma que en la totalidad de procesos declarativos en que se ventile cualquier pretensión que afecta a menores, tanto matrimoniales como no matrimoniales, se debe incluir dentro de la exención objetiva del artículo 4.

2. Otra interpretación restrictiva es la que dentro de los procesos regulados en el Capítulo IV distingue entre: a) los procesos matrimoniales, en los que pueden formularse pretensiones que afecten a menores o bien que se trate de matrimonios en los que no existan hijos menores de edad, que incluirían los procesos de nulidad, separación y divorcio, las medidas previas a la presentación de las demandas de nulidad, separación y divorcio así como las modificaciones de medidas definitivas de los procesos anteriores; b) los procesos de menores, que incluiría los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de sus hijos menores y las medidas cautelares derivadas de dichos procedimientos, siendo una característica de dichos procesos el que afectan a hijos extramatrimoniales. Esta interpretación restrictiva consistiría en que quedarían exentos, únicamente, los procesos del apartado b), es decir

los procesos de menores, aun cuando también se ejercitaran pretensiones adicionales a los alimentos y guarda y custodia, así como de los procesos del apartado a) es decir los matrimoniales, únicamente los matrimoniales que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de sus hijos menores, debiéndose destacar que dicha exclusividad no puede nunca darse, ya que, por imperativo del Código Civil, el proceso matrimonial debe regular todas las medidas establecidas en el artículo 103 del Código Civil (patria potestad, uso del domicilio...), y no solamente alimentos y guarda y custodia. En resumen, con esta interpretación, la práctica totalidad de los procesos matrimoniales, afecte o no menores, tendría que liquidar la tasa y aun más, tampoco estarían exentos los procesos del Capítulo V sobre necesidad de asentimiento a la adopción y en materia de protección de menores o, incluso, cualquier procedimiento que se iniciara al amparo del artículo 158 del Código Civil”.

Acertadamente, exponían que lo normal es que los Juzgados –incluso de oficio- se tengan que pronunciar sobre las diferentes medidas del art. 103 del Código Civil (patria potestad, domicilio, etc.) y que la conclusión era perversa, ya que la práctica totalidad de los procesos de familia tendrían que abonar la tasa, porque no es normal que en estos procesos su objeto venga limitado a un petitum de guarda y custodia o alimentos referidos a menores como parece exigir el tenor literal de la Ley, así concluyeron en una interpretación que me permito calificar como “buenista” consistente en que en cualquier proceso matrimonial o de menores en los que se ventilase cualquier pretensión que afectase a dichos menores se daría curso a las demandas y recursos, aun cuando no se presentase el justificante de la tasa.

Pero este no fue el mismo criterio que adoptaron otras juntas de Jueces y Secretarios. Tratando de hacer un resumen de los Criterios adoptados hasta la fecha y de extraer unas pautas generales, dos son las grandes interpretaciones:

- La que entiende que basta con que en estos procesos existan menores o se insten medidas de oficio para que deban considerarse excluidos de la tasa. Es la línea interpretativa de Granada, Málaga, Valencia o Pamplona y podría sustentarse en que, existiendo menores, siempre van

a existir medidas apreciables de oficio y, por otro lado, en que ahí radica el espíritu de la norma cuando habla de que se excluyen de la tasa los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia o alimentos sobre menores.

- Otros, sin embargo, matizan más y analizan el contenido de las pretensiones ejercitadas. La presencia de menores no es suficiente para la aplicación de la exención, sino que las medidas solicitadas deben ir referidas exclusivamente a ellos. Es el criterio de Madrid o Barcelona. Si junto con las peticiones referidas a menores se adicionan otras como son la compensatoria o medidas no apreciables de oficio, sí se devengaría la tasa.

Es decir, ¿basta con la presencia de menores o incapaces para excluir la tasa? ¿O es preciso que solo se pidan medidas respecto de los mismos y, a lo sumo, alguna medida de oficio para que se dé la exención? Seguramente será la segunda tesis la que finalmente se impondrá.

Así, intentando sistematizar y a salvo de posibles errores, porque los Acuerdos muchas veces introducen matices, pueden distinguirse:

Procesos exentos del abono de la tasa:

- Jurisdicción voluntaria en procesos de familia: La referencia de la Ley a “toda clase de procesos declarativos” y la prohibición de la analogía en el ámbito tributario declarada por la propia AEAT impiden considerar como tales a la jurisdicción voluntaria recogida aún en la LEC de 1881. Así lo recogen los Acuerdos de Alicante, Barcelona y Granada.
- Procesos de capacidad (arts. 756 a 763 LEC): En este caso, la exención es clara a tenor de lo dispuesto en el art. 4.1 a) de la Ley. La exención, según mi criterio, abarcaría todas las posibilidades que contempla la norma procesal, es decir, tanto procesos de incapacitación como el cautelar de internamiento, modificaciones de la capacidad, incidencias en el ejercicio de la tutela, procesos de prodigalidad, etc. Incluso aunque en los mismos se incorporen pretensiones de índole económica (alimentos, por ejemplo). Igualmente, estarían exentos los procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con la institución tutelar.
- Procesos de filiación (arts 764 a 768 LEC): También en este caso existe una expresa exención legal en el precitado art. 4.1 a) de la Ley, tanto se ejerciten acciones de reclamación como de impugnación e, incluso, aunque en el procedimiento de filiación se reclamen, igualmente, alimentos u otro tipo de tutela cautelar. Así lo declara Barcelona.
- Juicios verbales en reclamación de visitas por abuelos u otros parientes (art. 250.1.13 LEC): Se declaran exentas en los Acuerdos de Alicante, Barcelona, Granada, Madrid, Málaga, Pamplona y Valencia.
- Procedimientos de separación y de divorcio de mutuo acuerdo u otros procesos paternofiliales consensuados (art. 777 LEC): Aunque el texto literal de la norma no dice nada, los Acuerdos de Alicante, Barcelona, Granada, Madrid, Málaga y Pamplona excluyen el abono de la tasa. Sin

Granada, Madrid, Málaga y Pamplona exigen el abono de la tasa. Sin duda no estamos aquí ante un proceso declarativo con contienda que se tramita como verbal y, por otro lado, muchas veces se inician por petición y no por demanda. Además, Acuerdos como los de Málaga o Pamplona señalan que, si un procedimiento contencioso deviniera en mutuo acuerdo, se aplicaría lo dispuesto en el art. 8.5 de la norma (devolución del 60 %).

- Eficacia civil de resoluciones eclesiásticas (art. 778 LEC): Nada dice la Ley al respecto, declarando los Acuerdos de Barcelona y Madrid que están exentos del abono de la tasa. Sin embargo, Granada parece exigir la tasa cuando no hay hijos menores.
- Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (arts. 779 a 781 bis LEC): Madrid declara que está exento de la tasa.
- Exequátur: Igualmente, ante el silencio legislativo, los Acuerdos de Barcelona, Granada y Madrid declaran la exención.
- Medidas paternofiliales (art. 748.4 LEC): Se excluyen de la tasa por Madrid y Pamplona.
- Medidas Cautelares (art. 158 CC): Se declaran exentas de la tasa en Alicante, Barcelona (que añade las del art. 236.3 del Codi civil catalán), Granada, Madrid, Málaga y Pamplona.
- Posibles discrepancias en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC): Exentas según se ha acordado en Granada, Madrid, Málaga y Pamplona.
- Medidas provisionales previas a la demanda (art. 771 LEC) medidas coetáneas (art. 773 LEC): No devengarán tasa según disponen los Acuerdos de Alicante, Barcelona, Madrid y Málaga. Granada, sin embargo, lo hace depender de si hay o no hijos menores comunes.
- Modificaciones de medidas consensuales (art. 775 LEC): Barcelona y Madrid declaran que están exentas si son consensuales; Granada, Málaga y Pamplona reconducen la exención a la exigencia de que haya hijos menores comunes o que la modificación no afecte a los mismos.

Procesos en los que se exige tasa y supuestos polémicos

- Procesos de alimentos entre parientes mayores de edad (art. 142 CC): El verbal de alimentos entre parientes exige tasa judicial. Casi todos los Acuerdos así lo indican.
- Procedimientos de nulidad, separación y divorcio contenciosos (art. 770 LEC): Es sobre todo en estos procedimientos contenciosos –a los que podrían añadirse las modificaciones de medidas contenciosas por remisión- donde oscilan los Acuerdos. Recordemos que la literalidad de la Ley señala la exención cuando “versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, pero esto puede ser imposible porque son escasos los procesos que versan sobre tales cuestiones de forma exclusiva como requiere la norma, casi siempre se piden y acuerdan conjuntamente otras medidas de oficio (domicilio familiar, visitas, patria potestad, etc.) o medidas rogadas (pensión compensatoria). ¿Qué sucede entonces?

Valencia, como ya se ha expuesto, acude a la existencia o no de menores para no exigir la tasa.

Alicante señala que si solo se insta la nulidad, separación o divorcio, sin medidas, y no hay hijos, se devengará la tasa. Igualmente, si no

existiendo hijos se solicitan medidas económicas que no exijan resolución de oficio, se devenga tasa.

Barcelona en casos de nulidad, divorcio, separación y otros casos de parejas estables o procesos de guarda y custodia o alimentos en los que se incluyan pretensiones sobre las que el Juez no debe pronunciarse de oficio (división de la cosa común, prestación compensatoria o compensación económica) se devenga tasa. Por el contrario, si versa exclusivamente sobre guarda y custodia y/o alimentos, no se exigirá la tasa.

Granada y Málaga acuden a la existencia o no de hijos menores comunes para aplicar la exención o cuando el proceso versa exclusivamente sobre guarda y custodia y alimentos.

Madrid exime de tasa cuando estos procesos versen exclusivamente sobre hijos menores, incapacitados y ausentes, pero si se solicitan otras medidas que el Juez no puede apreciar de oficio, se devengará tasa.

El problema de los procesos divisorios

Igualmente, la polémica se extiende al procedimiento para la liquidación de régimen económico matrimonial de los arts. 806 y siguientes de la LEC, ya que en dicho procedimiento hay diferentes fases, no siempre contradictorias, y pueden existir incidentes de inclusión o exclusión de bienes -trámites del verbal- y, luego, la posible oposición a la liquidación, no quedando claro cuando se genera la tasa si es que la hay ni quien debe abonarla, y si hablamos de la cuantía entonces la confusión puede ser total.

- Alicante excluye de la tasa la demanda iniciadora de inventario o liquidaciones.
- Barcelona, igualmente, excluye los casos de los arts. 808 y 810.
- Granada señala que en los casos del art. 809 serán 150 euros y en los del art. 810 el 0,05 % de la cuantía.
- Málaga y Pamplona exigen la tasa cuando no hay acuerdo entre las partes en la comparecencia ante el Secretario.
- Madrid, sin embargo, señala:
 - "La solicitud de formación de inventario a que se refiere el artículo 808.1 de la LEC dará lugar al devengo de la tasa. Cuando proceda la

tramitación del juicio verbal previsto en el artículo 809.2 de la LEC, se exigirá el pago de la tasa al demandado si el mismo, en la comparecencia ante el Secretario Judicial, además de oponerse a la inclusión en el activo o pasivo de todas o alguna de las partidas cuya inclusión pretenda el actor, pretendiese, con la oposición de este, incluir en el activo o pasivo nuevas partidas. En este caso, se considerará al demandado reconviniendo y deberá abonar la tasa correspondiente a la reconvención formulada.

· La solicitud de liquidación a que se refiere el artículo 810.2 de la LEC devengará tasa. Cuando proceda la apertura del juicio verbal a que se refiere el artículo 787.5 de la LEC, se exigirá el pago de la tasa al demandado cuando el mismo formule oposición a la aprobación de las operaciones divisorias del contador-partidor. No se devengará, en cambio, tasa alguna para el actor, por el hecho de oponerse a las operaciones divisorias".

Requerimiento subsanatorio

Siempre me cuestioné cuál debía ser el plazo del requerimiento subsanatorio porque la ley prevé el mismo, pero no señala plazo.

El Acuerdo de Barcelona determina que el justificante del pago de la tasa deberá presentarse con la demanda o recurso o bien fija un plazo de 10 días para subsanar desde el requerimiento que se practique.

Cuantía en los procesos matrimoniales

Los procesos matrimoniales, por expresa indicación del art. 753, siguen los trámites del juicio verbal.

Ello supone que habrá de aplicarse el fijo de 150 euros más el variable, porque recordemos que el art. 7.2 de la Ley 10/2012 parece terminante cuando, después de establecer los fijos, señala: "además, se satisfará" un variable y los procesos matrimoniales no están exentos del mismo.

Ahora bien, ¿cómo se cuantifica la base para la aplicación de los porcentajes del tipo 0,5 % o el 0,25 % ? A la hora de determinar la cuantificación de la base surgen dudas a las cuales los Acuerdos adoptados no dan una respuesta clara porque, sencillamente, salvo el de Barcelona, la eluden.

Imaginemos un proceso matrimonial -no exento- en el que existiera

acumulación de acciones en el petitum consistente en una alimenticia de 400 euros por cada hijo hasta los 18 años, una compensatoria de 400 durante dos años, etc. ¿Se aplica el art. 6.3 de la Ley 10/2012 y se valoran y acumulan las acciones? Parece que sí.

El problema es que no siempre es posible la cuantificación, por ejemplo, cuando se reclaman alimenticias hasta la independencia económica o compensatoria indefinida vitalicia. En estos casos y ante la imposibilidad cuantificatoria, ¿se aplica el art. 7.3 y se cuantifica como indeterminada 18.000 euros?

Y en este caso podría plantearse si hay que sumar a los 150 euros de fijo, el porcentaje que resulte aplicable a la cuantía concreta de la acción cuantificable más los 18.000 que resulte de considerar como indeterminada la que no lo sea.

Esta parece ser lo que exige la Ley cuando en dicho precepto señala que hay que sumar el valor de las acciones valorando la que no sea susceptible de valoración económica en 18.000 euros, pero no todo el proceso global, sino solo “esta”.

Sin embargo el Acuerdo de Barcelona –seguramente para evitar cuantías disparatadas- opta, en estos casos, por considerar todo el proceso como de cuantía indeterminada “con independencia de las pretensiones que se ejerciten” lo cual supondría una tasa de 150 euros más el variable (0,5 % sobre 18.000) lo que arrojaría un variable de 90 euros y un total de 240 euros de tasa.

¿Es esta interpretación que parece más razonable y acertada o contradice abiertamente lo que dispone la Ley? La polémica está servida.

Apelaciones en los procesos matrimoniales

No volveré a tratar de que se acumula la exigencia de depósito de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ con la tasa ni del absoluto despropósito y desproporción de la cuantía de la tasa en apelación (800 euros de fijo más el variable) o casación (1.200 euros de fijo más el variable), pero sí merece la pena resaltar que sí hay procesos en los que esta cuantía es completamente desproporcionada y abusiva es en los procesos de familia.

Vinculación o no con la exención de la primera instancia: siempre he pensado que si el proceso en la instancia no devengaba la tasa tampoco

debía devengarla la interposición de los recursos, ya fuera apelación ya fuera casación con independencia de los pronunciamientos impugnados (imaginemos que solo se apela por las costas). Sin embargo, no es este el Criterio de Madrid que señala que la interposición de los recursos de apelación y casación no devengarán tasa cuando, a través de los mismos, con independencia de lo que se haya debatido en primera o segunda instancia, se impugnen exclusivamente medidas relativas a hijos menores, devengándose, por el contrario, la tasa cuando la impugnación se refiera tan solo a medidas de naturaleza disponible, o afecte, además, a otras medidas susceptibles de pronunciamientos de oficio.

Apelaciones frente a Autos: Ha de tenerse en cuenta al respecto que, según consulta vinculante evacuada por la Dirección General de Tributos con fecha 3 de diciembre de 2012, está exenta de la tasa la interposición de recursos de apelación o casación contra los autos, ya que la prohibición de la analogía en el ámbito tributario impide la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que considera hecho imponible de la tasa "la interposición de recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo", a los supuestos de Autos, sino exclusivamente a sentencias.

Igualmente señala Madrid que a efectos de determinar si se produce o no el devengo de la tasa por la interposición del recurso de apelación, en los supuestos de mayoría de edad sobrevenida de los hijos en el curso del proceso, la edad a tener en cuenta será la que tuvieren tales hijos en el momento de dictarse la sentencia de 1.^a Instancia.

Tasas y costas

Como ya expuse, parece que la idea del legislador era que se puedan repercutir e incluir las tasas dentro el coste del proceso frente al demandado vencido en juicio. Así, la Ley reguladora de las tasas en su Disposición Final Tercera modifica el art. 241.1.7 LEC y, en consecuencia, permite incluir dentro de las costas "la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social".

Pero en este tipo de procesos –por su especial naturaleza y dejando a salvo modificaciones de medidas y ejecución-, muchas veces no hay

condena en costas, porque no siempre resulta aplicable la doctrina del vencimiento objetivo del art. 394 LEC, con lo cual el ciudadano jamás podrá recobrar el importe de la misma.

Además, en los casos de recursos no hay costas. Determina el art. 398.2. LEC que "En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes" con lo cual el apelante o recurrente que ve estimado el recurso recupera el depósito, pero no la tasa.

Conclusiones finales

1. ¿Ignoraba el legislador toda la tipología de procesos, medidas, incidentes, etc. del Libro IV? Lamentablemente, viendo la regulación parece que sí.

2. El texto legal habla de exención de los procesos matrimoniales, pero, ¿se ha olvidado el legislador de los miles de procesos análogos a los matrimoniales que afectan a las parejas de hecho donde se suscitan cuestiones similares? Lamentablemente, parece que sí.

3. El texto legal solo contempla la exención cuando el proceso versa exclusivamente sobre guarda y custodia y alimentos, pero ¿ignoraba el legislador que en estos procesos rara vez el petitum versa exclusivamente sobre dichas cuestiones porque la Ley obliga a pedir e, incluso, impone al Juez pronunciarse de oficio sobre las medidas del art. 103 CC? Lamentablemente parece que sí.

4. ¿Quería el legislador que estuviesen exentos todos aquellos procesos en los que se ventilasen intereses de menores exclusivamente, o también aquellos en los que se acumulasen dichos intereses junto con otras peticiones adicionales y que muchas veces aparecen inexcusablemente unidas al menor o a la familia (atribución vivienda familiar, por ejemplo)? Seguramente ni se lo planteó y ello ha propiciado un auténtico caos interpretativo.

5. El texto legal habla de demandas, pero ¿ignoraba el legislador que hay procesos del Libro IV que no comienzan por demanda y no hay controversia? Lamentablemente, parece que sí.

6. ¿Ignoraba el legislador que en España para separarse o divorciarse hay que pasar por el Juzgado, no por capricho, no para abusar de la

justicia, sino porque lo impone la Ley? ¿Ignoraba que estamos ante un derecho público? Lamentablemente, parece que sí.

7. ¿Ignoraba el legislador que en estos procesos muchas de estas peticiones (alimenticia hasta la independencia económica, compensatoria indefinida) son de imposible cuantificación y que ello imposibilitará la aplicación del variable? Lamentablemente, parece que sí.

8. ¿Pretendía el legislador en estos procesos con frecuentes acumulaciones de acciones se valorase la tasa por la suma de las acumuladas (por ejemplo, la alimenticia de 400 euros durante 18 años y compensatoria de 500 indefinida) conduciendo a resultados disparatados en el variable? Lamentablemente, parece que sí o la ignorancia del objeto de lo que es un proceso matrimonial/pareja de hecho es inexcusable.

9. ¿Ignoraba el legislador que la imposibilidad de cuantificación obligaría al absurdo de su valoración como 18.000 euros para el [cálculo](#) del variable? Lamentablemente, parece que sí.

10. ¿Ignoraba el legislador que en los procesos matrimoniales muchas veces no hay condena en costas y que no se recuperará nunca la tasa? Lamentablemente, parece que sí, o es que ¿le daba igual porque lo importante era recaudar?

11. Finalmente, y aunque suene a chanza, ¿ignoraba el legislador que existen procesos matrimoniales contenciosos y de mutuo acuerdo? ¿Ignoraba la existencia de medidas provisionales previas y coetáneas? Lamentablemente, viendo la regulación, parece que sí.

Miguel Guerra Pérez
Director de Sepín Proceso Civil. Abogado

Mediador y abogado, ¿colisión profesional?

Hablar de mediación con un abogado puede ser un tema delicado, en ocasiones hay suspicacias sobre un cierto intrusismo laboral, pues cualquier abogado cuenta con varios casos a sus espaldas en los que se ha culminado con un acuerdo entre las partes, acuerdo al que no se hubiera llegado sin su intervención.

Aún reconociendo la importancia que tienen estos acuerdos, no puede confundirse lo que sería una actividad negociadora o “mediadora” inherente a una forma de actuar diaria, con el procedimiento propio de mediación, procedimiento en el que el abogado, ni debe “renunciar” a su cliente, ni debe desasistírle.

Ambas figuras resuelven disputas, pero ambas figuras tienen matices diferenciadores.

No quisiera dedicar el post a enumerar las diferencias con la negociación, algo de lo que, por otra parte, se dispone de numeroso material en la propia red, sino a reivindicar la presencia de ambos profesionales, abogado y mediador, como piezas complementarias en la solución de controversias.

No cabe duda de que al abogado se le pide ser un buen analista jurídico, con capacidad suficiente de interpretar de una forma jurídica los asuntos que le presenta un cliente. Pero es más, no sólo debe ser un buen analista jurídico, si no que además debe asesorar o aconsejar a su cliente sobre cual es la mejor posibilidad de resolver su problema concreto de todas las opciones que hay: arbitraje, negociación, vía judicial o mediación.

Y el mediador siempre va a requerir el complemento de un abogado, bien sea para dar forma jurídica al acuerdo final, si es que se llega, bien para resolver dudas jurídicas como asesor del cliente, en cuanto por ejemplo a plazos procesales.

¿Pero la mediación tiene alguna ventaja para el abogado? ¿es rentable? Desde mi punto de vista sí.

Si hay algo que aprecian los mediados, es que pueden dar su versión completa de los hechos, algo que no siempre se da en un proceso judicial, no hay limitación de preguntas, ni de respuestas, ni formas preestablecidas. Esa posibilidad de ser oído es la diferencia entre un proceso de resolución satisfactorio o insatisfactorio, por lo tanto, un cliente más satisfecho tiene más posibilidades de contar con el mismo abogado que en su momento ofreció la mediación como otra manera de solucionar su propio problema, y por tanto, más posibilidades de recomendación y menos posibilidades de que se le plantee una queja.

El abogado con conocimiento y experiencia en mediación dispone de un servicio más para un futuro cliente, y muchas veces ese pequeño matiz diferenciador puede inclinar la balanza a su favor, pues puede verse como un valor añadido, algo que ya han visualizado muchos despachos de abogados que lo incluyen entre sus especialidades.

Además un conflicto de menor entidad que puede resolverse eficazmente sin llegar a la vía judicial, se puede traducirse en más tiempo, un bien escaso en esta profesión, que bien puede invertirse en otros casos de mayor cuantía o provecho.

La mediación abre incluso otra línea de negocio, pues ayuda a gestionar conflictos que no tienen propiamente un amparo legal, o incluso que se sustentan en pruebas débiles, o inexistentes, lo que hace inviable, o poco recomendable, la vía judicial.

Igualmente, el análisis de la cuestión planteada, la interposición de cláusulas de sometimiento a mediación, la derivación hacia este servicio, el conocimiento de contactos dentro de las instituciones de mediación o de mediadores independientes, el asesoramiento de, por ejemplo las implicaciones fiscales del acuerdo, su redacción y su ejecución son algunos de los servicios que requieren una formación y conocimiento susceptibles de ser cobrados, quizás no una cantidad muy elevada, pero la agilidad por la que pasarían por el despacho y el menor esfuerzo y tiempo dedicado haría factible la asunción de más trabajo, y siempre es mejor, llevar muchos temas que no nos impliquen un esfuerzo sobrehumano, y con rápida resolución que uno que nos haga invertir un gran esfuerzo durante un año y cuyo cobro una vez concluido, tampoco nos iría a jubilar.

Por último, no podemos olvidarnos de la satisfacción personal que se

obtiene cuando finaliza un caso de manera positiva.

Proponer la mediación no es rendirse, ni una debilidad, es abrir la puerta a la colaboración, y eso no es una debilidad.

Gema Murciano Álvarez
Documentación Jurídica de Sepín. Mediadora familiar. Abogada

Características de los acuerdos de mediación y consecuencias de su incumplimiento

“¿Y quién me dice a mi que no se va a incumplir un acuerdo de mediación, si nadie obliga?. Yo prefiero una sentencia que lo haga”

Muchos de nosotros nos hemos encontrado con frases de desconfianza muy parecidas, parece que el dictado de una sentencia es un aval que garantiza que bajo ningún concepto se puede incumplir. Nada más lejos de la realidad. Los que además de mediadores, alternamos labores jurídicas sabemos que las sentencias se pueden incumplir, y de hecho se incumplen.

Pero vayamos primero por partes, ¿Cómo deben ser los acuerdos?

La principal característica es que deben satisfacer a las partes en conflicto, de lo que se deduce que debe reunir cierto equilibrio no favoreciendo sólo a uno de los implicados.

Para fomentar su cumplimiento el acuerdo debe tener visos de realidad, no pudiendo recoger lo que no pueda cumplirse, por ejemplo, no va a poder recoger que se va a contribuir con las cargas económicas del hijo con 800€/mes si se gana 600€/mes.

Se debe detallar y concretar cada uno de los acuerdos a los que se ha llegado con el fin de que puedan evitarse confusiones en el futuro, de ahí que sea aconsejable un lenguaje sencillo, sin incluir tecnicismos.

Posteriormente, este acuerdo, después de ser leído por las partes, debe rubricarse por éstas y por el mediador.

Una vez se ha llegado al acuerdo hay un seguimiento por parte del profesional que contactará con las partes para saber si el acuerdo se ha llevado a cabo, si hay que modificarlo o si han cambiado las circunstancias que hacen que no se cumpla.

Aún así cabe plantearse la duda ¿Ese acuerdo es papel mojado?

Conviene aclarar que en el art. 25 de la vigente [Ley de Mediación](#) (SP/LEG/9662) configura los acuerdos alcanzados durante el proceso de

mediación como títulos equiparados a los ejecutivos, aunque la fuerza ejecutiva se obtenga a través de la protocolarización notarial y ello a pesar de su naturaleza extrajudicial.

Por tanto los acuerdos de mediación, no solo tienen validez jurídica reconocida si no que para ejecutarlos se les debe aplicar la normativa propia de los títulos ejecutivos jurisdiccionales prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¿Y siempre hay que protocolizarlo?

Existen una serie de conflictos que no tienen un contenido de tipo jurídico en sentido estricto, el ejemplo más común son los que se adoptan regulando las relaciones entre vecinos, (el uso de un ascensor por quien no ha contribuido con el pago del mismo, el ruido de un vecino...). En este caso bastará con cumplir el acuerdo sin necesidad de elevarlo ante notario. Su incumplimiento tendrá las consecuencias de un incumplimiento contractual de tipo privado, y podrá tener como consecuencia la condena en costas de ser llevado a la vía judicial.

También es posible, en el caso de que no requiera prestaciones futuras, y si tiene contenido jurídico, darle forma contractual privada cuando acabe con el conflicto, con las mismas consecuencias del caso anterior.

Si hablamos de un acuerdo de mediación que surgió tras la derivación durante un procedimiento judicial, dicho acuerdo deberá ser homologado por el juez que propuso la derivación, al que se le rendirá cuentas sobre si se llevó a cabo la mediación y si culminó o no con acuerdo.

En el caso de elevarlo a escritura pública se equipara el acuerdo a una sentencia, a efectos de ejecución.

Si se quiere formalizar el título ejecutivo, por ejemplo un acuerdo que regule las relaciones parentales de un hijo que ahora es adolescente y requiere otras necesidades diferentes a las que se adoptaron cuando era niño, bastará con las partes acudir a un notario con copia de las actas de la sesión constitutiva y del final del procedimiento, no siendo necesario en este caso la presencia del mediador. Es necesaria la firma de las partes. (art. 25.1) Por lo tanto, la negativa de la firma de una parte impide que dicha escritura tenga carácter ejecutivo. No obstante, dicho acuerdo debe vincular a las partes y su incumplimiento se asemejaría a

un incumplimiento contractual, pudiendo por tanto ejercer las acciones judiciales permitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

El Notario verificará que se el acuerdo es conforme a Derecho. Y si el acuerdo se debe ejecutar en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. (Art. 25.2 y 3)

Respecto a la competencia de los Tribunales para conocer de los incumplimientos de un acuerdo de mediación si se opta por la vía judicial, la LM reconoce ésta en su art. 26 del siguiente modo:

- La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.
- Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

En cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos el art. 27 LM establece varios supuestos:

- Un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.
- Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.
- El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

En [Top Mediación y Arbitraje](#), puede consultar el esquema "Ejecución de los acuerdos en mediación" (para socios).

El error en el consentimiento contra la mala praxis bancaria

De este modo se ve por fin un poco de luz al final del túnel, que ante la pasividad de los Organismos de control y regulación bancaria, consiste sencillamente, en impugnarlos utilizando la estricta aplicación de la teoría del consentimiento, de la buena fe y por ende del sentido común.

En este caso se suscribió y escrituró un préstamo multidivisas con garantía hipotecaria con BBK, el principal era de 121.691.965 yenes japoneses (unos 757.450 euros) pagaderos en la divisa concertada, salvo ejercicio de la opción multidivisa. El período de amortización 30 años y las cuotas trimestrales 120 que comprendían capital, intereses y que con el tipo de interés de salida sumaban 1.305.654 yenes. La prestataria correría en todo caso con los riesgos derivados de las fluctuaciones de la divisa frente al euro. La litigiosa cláusula multidivisa establecía que al vencimiento de cada trimestre y satisfechos intereses y cuotas de amortización el prestatario podía optar por convertir lo pendiente de amortizar en otras divisas mediante contrato de compraventa de divisa a plazo, comunicándolo con antelación. También se reflejan los intereses pactados, los ordinarios durante los tres primeros meses y los posteriores de tipo variable.

Lo que más nos sorprende es la claridad absoluta y a primera vista con la que se constata la enorme complejidad del producto, que aunque no esté incluido en el ámbito objetivo de la LMV (art. 2) y legislación complementaria (RD 217/2008), no exime a BBK de su obligación de información conforme a la legislación entonces vigente (art. 19 Ley 36/2003, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, RDL 2/2003 y la Orden del MEH de 5 de mayo de 1994) que comprendía: comunicar todos los riesgos, hacer constar las características del contrato en la oferta vinculante y documentos informativos y por supuesto entregar un folleto informativo. Sin olvidar la protección que dispensa el art. 60 Real Decreto Legislativo 1/2007 TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, sobre información previa al contrato.

El “sorpresivo” resultado de concertar esta operación fue que el cliente

en su cuota 15ª debía un 54,7% más de lo estimado con los datos iniciales y que el capital pendiente era de 1.056.285,45 euros, de modo que pagadas cinco cuotas debía 298.835 euros más del capital inicialmente concedido.

La anulabilidad de la cláusula multidivisa es consecuencia obligada del íter seguido por BBK que omitiendo la información precontractual y contractual sobre las variables y riesgos fundamentales, conculcando la normativa vigente y proporcionando sólo los escasos datos que constan en la escritura del préstamo generó el error esencial, obstativo y excusable (art. 1266 CC), que no pudo ser salvado por el cliente sin condición de experto financiero ni conocimientos necesarios para arriesgarse en una operación como la descrita. Es obvio que el actor no hubiera suscrito jamás este producto, meramente especulativo, si hubiera sido correctamente informado, no hace falta más que leer la cláusula litigiosa para darse cuenta del desequilibrio que implica en las prestaciones y del abuso absoluto que se hace de la confianza y buena fe del cliente.

El banco por otro lado incumplió también su obligación, impuesta por la Ley 36/2003, de informar al deudor hipotecario con préstamos a tipo variable de los sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Argumento que sorprendentemente, y como demuestra una extensa jurisprudencia, nunca olvidan “a sensu contrario” cuando ofertan, vinculado a un préstamo, un swap, que camuflado bajo la denominación de seguro contra las fluctuaciones de los tipos de cambio, resulta ser a menudo, tan desequilibrado, especulativo e incomprensible que a la larga sólo beneficia a la propia entidad de crédito que lo sugiere.

El primer argumento del banco que yo calificaría de inexacto, para eximirse de su obligación legal de información, fue que el producto lo solicitó el cliente y que por tanto presumieron sus conocimientos financieros. Olvidando una vez más que la carga de la prueba de la información corresponde a quien se ampara en la realidad de esta y a quien debió operar con la diligencia de un ordenado empresario y leal representante en defensa de los intereses de sus clientes.

Otro argumento exculpatario de la entidad de crédito es que el firmante del préstamo litigioso es un letrado que conoce esta modalidad de

préstamo y que figuró en alguna ocasión como administrador de algunas mercantiles, por supuesto nada de lo anterior equivale a ser un profesional de la finanzas en tipos de cambio y de interés y en fluctuaciones monetarias, tratándose además de un producto que obligaba al usuario a mantenerse informado día a día sobre la evolución de la moneda natural y la divisa del préstamo, carga absolutamente inviable a no ser que se tratara de un broker financiero.

Tampoco acoge acertadamente el juzgador, que el cambio de yenes a francos suizos realizado por los prestatarios en 2008, o que pretendieran un nuevo cambio en abril de 2009, signifique un absoluto conocimiento que pueda suplir la falta de información precontractual ni la debida al momento de suscribirse el contrato.

Finalmente queda también resuelta la pretendida caducidad, puesto que en los contratos de tracto sucesivo, el plazo de los cuatro años comienza a contarse desde el momento de la consumación, es decir, desde el total cumplimiento de las prestaciones por ambas partes.

Por todo ello y ante la imposibilidad de integrar el contrato, se declara la nulidad de la totalidad del préstamo hipotecario y de su novación ex art 1303 CC, y en consecuencia se acuerda la restitución recíproca de las prestaciones, con sus intereses: los actores abonarán 757.450,30 euros, más intereses legales desde el 29 de febrero de 2008, y la BBK deberá abonar comisiones, capital e intereses, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se efectuaron los correspondientes pagos.

Nos hacemos eco del argumentario utilizado por la entidad bancaria, cuya actitud no generalizamos a todo el sector, para que quede patente que este tipo de litigios ni supone dirimir cuestiones de enorme complejidad, ni precisan de grandes construcciones teóricas, ni de argumentos sólidos o elaborados por parte de las entidades de crédito, sino sencillamente de ligar a la infracción esencial del deber de información y a la trasgresión de la confianza del cliente, la generación de un error que aboca a la nulidad del negocio concertado. Y admitirlo así, no es un planteamiento ni rompedor ni revolucionario, sino la aplicación de la legislación más básica y de la administración de la más patente y necesaria justicia.

Pagando pornada: las comisiones bancarias por números rojos

En esta ocasión tenemos que hacernos eco de una serie de importantes sentencias que cada vez van siendo más numerosas y que estiman las reclamaciones de cantidad por el cargo de comisiones bancarias basadas en reclamaciones de posiciones deudoras.

Otra vez son los usuarios quienes las han promovido y quienes se quejan de una práctica bancaria que únicamente pretende conseguir, de un modo, no precisamente claro ni lícito, mayores contraprestaciones de sus clientes. Y esta tendencia es alcista, pues al existir cada vez menos ahorradores y menos suscriptores de contratos bancarios, las entidades intentan conseguir mayores rendimientos de su cartera de clientes.

Lo que nos planteamos ahora, a la vista de la entrada en vigor de la nueva ley de tasas judiciales, es si esa corriente claramente beneficiosa y justa para el usuario se verá interrumpida por el elevado precio actual de la justicia.

No cabe duda de que el tema que nos ocupa, la irregularidad de las comisiones cobradas sin contraprestación y sin consentimiento alguno del cliente, es meridianamente claro y que la tardanza en que hayan prosperado las reclamaciones por estas prácticas vuelve a ser producto de la situación claramente privilegiada del sistema bancario español y sociológicamente del respeto “quasi” reverencial que le muestra la mayor parte de la sociedad, que olvida que sólo es un servicio más para particulares y empresas.

Y también debemos de considerar que son las entidades de crédito las que deberían observar la mayor diligencia profesional de las posibles, ya que se hallan en posesión del dinero de sus clientes de lo que no puede derivar la imposición arbitraria, automática y sin consentimiento alguno, de cargos y comisiones cuya motivación raya muchas veces en lo Kafkiano.

Consideramos que los usuarios no prestan su consentimiento, que debería ser expreso y nunca tácito, a la aplicación de esas comisiones unilateralmente pactadas, no negociadas y que revelan un desequilibrio

claro a favor de la entidad en la relación jurídica que surge entre las partes.

Esta fundamentación jurídica basada en los artículos 1.091 y 1278 del CC y concordantes, sobre eficacia de obligaciones contractuales y el art. 82 de la Ley de Consumidores y Usuarios (RD Leg. 1/2007), sobre las “cláusulas abusivas”, es claramente inatacable y seguida por otras Audiencias Provinciales en sus resoluciones, como la del [Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2012](#) (SP/SENT/700558) en la que además se reprocha al banco el abuso de su posición de dominio contractual y el que haya obligado a su cliente a litigar para reclamar una cantidad mínima indebidamente cobrada, la de la [AP de Sevilla, Sección 8ª de 10 de marzo de 2011](#) (SP/SENT/698981) o la de la [AP de Salamanca, Sección 1ª de 8 de febrero de 2010](#) (SP/SENT/699847).

Adela del Olmo
Directora de Sepín Mercantil

¿Pueden publicar fotos más tomadas en la playa?

Las esperadas vacaciones de verano se acercan, aunque ya haya afortunados disfrutando de ellas, y muchos de nosotros iremos a la playa para gozar de un merecido descanso.

En estas fechas es habitual ver en los medios digitales, redes sociales, televisión, prensa, etc. noticias relacionadas con las vacaciones en las que se pueden ver imágenes de las playas en las que salen personas anónimas. ¿Es posible su publicación sin consentimiento?

El derecho fundamental a la imagen está reconocido en el art. 18.1 de la Constitución española: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

Dependiendo del fin para el que se publique la foto y el medio en que dicha publicación se lleve a cabo, se estará realizando una intromisión ilegítima al derecho al honor de la persona que salga en la foto. Por tanto, es importante la labor del juez para ponderar la legitimidad de dicha imagen, puesto que dependerá del caso concreto.

Así, es posible que el Derecho a la imagen entre en colisión con el Derecho a la libertad de información previsto en el art. 20 de la Constitución. El [Tribunal Supremo](#), al respecto, considera que “existiendo una colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen de la parte demandante.”

Por otro lado, la necesidad de informar sobre un acontecimiento acaecido en una playa también puede hacer prevalecer la libertad de información. Además, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su art. 8.2.c) prevé que el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Siendo esto así, en principio no habrá intromisión en los casos en los que salgan personas anónimas y su imagen aparezca como mero acompañamiento, donde la información ofrecida no se refiera a ellas, sino que la finalidad de la publicación sea informar.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su [sentencia de 28 de junio de 2012](#), entiende que, a pesar de tratarse de una imagen accesorio, se vulnera el derecho a la imagen por aparecer la demandante en primer plano, por lo que debería haberse empleado algún medio para ocultar sus rasgos, lo que no habría influido en la finalidad informativa que se pretendía. Por tanto, es recomendable que los medios de comunicación, para evitar una eventual indemnización, no reproduzcan imágenes donde personas anónimas sean reconocibles.

Independientemente de los casos analizados, donde el derecho a la intimidad entra en colisión con el derecho a la libertad de información, dar difusión a fotografías a través de redes sociales sin consentimiento de la persona que ha sido captada, realizando una actividad de su vida privada que sea patente que no quiera revelarla a terceros, como por ejemplo hacer top less o pasar el día en una playa nudista, en principio supone una intromisión en su intimidad, por lo que es recomendable tener cuidado con los contenidos que podamos colgar en Twitter o en Facebook, o los que compartamos con nuestros amigos a través de aplicaciones móviles como Whatsapp, puesto que la gracia puede salirnos cara.

Y, por otro lado, aunque el Derecho proteja nuestra intimidad, no es desdeñable que los primeros en salvaguardarla seamos nosotros, por lo que intentemos alejarnos de cámaras indiscretas si estamos haciendo algo que no queramos que tenga difusión y que pueda causarnos algún problema.

3 consejos para que tu imagen no se vea afectada después de las vacaciones

Por fin se acercan las esperadas vacaciones de verano. Después de un año de duro trabajo toca descansar y desconectar de los asuntos jurídicos. Ahora es cuando nos relajamos y nos despreocupamos de nuestra vida laboral.

Pero dicha despreocupación puede llegar a ser un error garrafal, puesto que hay determinados aspectos del entorno familiar y personal que es preferible que no los conozcan nuestros clientes o nuestro entorno laboral. Y ahora, con la instauración de las redes sociales en nuestra vida cotidiana, se cometen errores que posteriormente [pueden afectar a nuestra fama o prestigio profesional](#).

No debemos olvidar que nuestros clientes o las personas interesadas en contratar nuestros servicios utilizan Internet y muchas veces nos buscan en Google. Por lo que es importante que la primera imagen que vean de nosotros no sea perjudicial, ya que el prestigio profesional del abogado está en juego.

Así que destaco tres consejos básicos que, en mi opinión, ayudarán a salvaguardar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, en el periodo de vacaciones estivales, también extensibles a nuestra vida cotidiana:

1.- Configura bien tu privacidad en Facebook: Por defecto, en esta red social todos los contenidos que subimos son accesibles al público, aunque la persona que esté viendo nuestro perfil no esté ni dado de alta como usuario. Simplemente con buscar nuestro nombre en Google, uno de los primeros resultados será nuestro perfil en Facebook, a no ser que hayamos cambiado nuestro nombre real por un alias o pseudónimo.

Además, cualquier persona puede etiquetarnos en una foto, lo que significa que esta saldrá en nuestro perfil y cualquier persona podrá verla, sin que nosotros hayamos dado nuestro consentimiento previo.

Por estas razones, y otras más, es importantísimo acceder a la pestaña de privacidad y [configurarla](#), de tal manera que mis publicaciones solo las puedan ver mis amigos, que se necesite mi aprobación para que me etiqueten en fotografías, que nadie pueda publicar en mi biografía, etc.



[Privacidad en Facebook](#)

2.- No subas a las redes sociales fotografías comprometedoras: A muchos les gusta publicar una foto en una playa espectacular con poca ropa, una de sus hijos haciendo un castillo de arena o compartir con sus “amigos” de Facebook o seguidores de Instagram, Pinterest o Flickr una buena noche de desenfreno... Pues bien, es recomendable pensarlo dos veces antes de hacerlo.

Igual que no paseamos por la calle con poca ropa, enseñando “hazañas” a desconocidos y presentándoles a nuestros hijos, no lo hagamos en las Redes Sociales, puesto que es el mayor escaparate del Siglo XXI y es muy difícil controlar el alcance o “[viralidad](#)” de esas fotografías, una vez publicadas en Internet.

3.- No tuitees al “tuntún”: Es muy fácil sacar el móvil y publicar en Twitter un comentario algo fuera de tono, compartir con tus followers lo feliz que te sientes de vacaciones con tu familia publicando una foto idílica. Pero, por las mismas razones que expuse anteriormente, es mejor no hacerlo. Muchos son los casos en los que tuiteros se han visto envueltos en problemas, tanto [jurídicos](#), como [profesionales](#) y [personales](#), por un [tuit desafortunado](#).

Por tanto, insisto, debemos ser cautos con la información que compartimos en redes sociales.

Y, como último consejo, valga un dicho popular para terminar mi comentario: “No hagas nada de lo que te puedas arrepentir”.

Ignacio Bertolá Navarro
Director de Sepín Nuevas Tecnologías. Abogado

Las arras en el contrato de compraventa

Es práctica habitual que cuando un comprador y un vendedor se ponen de acuerdo en la compraventa de un inmueble firmen un contrato de arras en el que se comprometen a llevar a cabo la compraventa, entregando el comprador como prueba o como garantía del cumplimiento del contrato una cantidad económica.

El Código Civil no establece la cantidad a entregar, son las partes las que suelen fijar el porcentaje, siendo frecuente que sea entre un 5% y un 15% del precio total.

Llegados a este punto es fundamental señalar que existen tres tipos de arras, en función de la voluntad de las partes, con diferentes consecuencias en caso de incumplimiento.

Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución.

En caso de incumplimiento serán de aplicación las reglas del Código Civil, especialmente el art. 1124, así la parte perjudicada por el incumplimiento podrá exigir:

- El cumplimiento del contrato, o
- La resolución, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, en caso de incumplimiento. En este caso la cantidad que se entrega en concepto de arras no se entiende como parte del precio, sino que el importe fijado funciona como una cláusula penal, es decir:

- La pena sustituye la indemnización de daños y abono de intereses en caso de incumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado (art. 1152 CC).
- Además de dicha penalización se puede reclamar que el contrato sea efectivamente cumplido.

En mi opinión, si se pactan este tipo de arras el problema estriba en diferenciarlas de la cláusula penal, pues su funcionamiento es análogo.

Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454 CC, siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes al efecto, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado.

Hemos de señalar que en las compraventas entre particulares este tipo de arras es la modalidad que se ha convertido en habitual.

En este caso:

- Si no se realiza la venta por incumplimiento del comprador, éste perderá la cantidad entregada
- Si fuera por el incumplimiento del vendedor, éste deberá devolver el doble de la cantidad percibida.

Es importante señalar que las arras penitenciales son las únicas que NO obligan al cumplimiento del contrato, que se rescindirá con el consecuente pago establecido para quién incumpla.

¿Qué tipo de arras he pactado?

Se plantea el problema de cual es el carácter (confirmatorio, penal o penitencial) que tienen las arras en un determinado contrato. Si no se indica la modalidad pactada, en estos casos se presume que se trata de las arras confirmatorias.

Por tanto, para que las arras se consideren penitenciales tiene que expresarse que son de este tipo, sólo cuando consta en el contrato de una manera clara y evidente el carácter penitencial se habrá de considerar que las arras tienen dicho carácter.

Son muchas las cuestiones que pueden surgir sobre las diferentes modalidades de arras y sus efectos, muchas de ellas contempladas en el [estudio de jurisprudencia al detalle](#) dedicado a esta materia.

Iciar Bertolá Navarro
Directora de Sepín Obligaciones y Contratos. Abogada

Averías y vicios ocultos en la compraventa de vehículos entre particulares

La compraventa de vehículos celebrada entre particulares se rige por el Código Civil, que ofrece dos sistemas de protección al comprador cuando el bien adquirido presenta averías que impiden su normal funcionamiento.

En primer lugar nos vamos a referir a aquellos defectos que hacen que el vehículo adquirido resulte completamente inhábil para el uso al que iba destinado.

Algunos ejemplos de averías de este tipo son:

- Avería del gripaje del motor, que implica la sustitución completa del mismo, ascendiendo la reparación a un precio muy superior al de su adquisición. [Sentencia de la AP A Coruña, de 25-01-2010](#) (SP/SENT/510203)
- Problemas en la bomba de inyección, cuyo importe de reparación supone una cifra desproporcionada en relación con la venta del vehículo. [Sentencia de la AP Alicante, Elche, de 17-11-2009](#) (SP/SENT/495877)
- Averías en el cigüeñal del motor. [Sentencia de la AP Guipúzcoa, de 23-06-2009](#) (SP/SENT/474438)

En estos casos estaríamos en presencia de entrega de cosa diversa o “aliud pro alio”, que tiene lugar cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que puede solicitar la resolución de la compraventa y acudir a la protección dispensada por los artículos 1124 y 1101 del Código Civil.

Para ello es necesario acreditar la presencia de importantes y graves deficiencias que hacen al vehículo inhábil para su destino, que es el de circular.

En estos casos el comprador podrá escoger entre elegir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y

abono de intereses en ambos casos.

La segunda opción tiene lugar si el vehículo presenta vicios ocultos en el momento de la venta.

Estos son algunos ejemplos de defectos que tienen la consideración de vicios ocultos:

Fallos en la capota y en el sistema antivuelco, por estar quemada la instalación eléctrica. [Sentencia de la AP Burgos, de 12-03-2013](#) (SP/SENT/719703)

Anomalías en la caja de cambios, de modo que, las marchas impares no engranaban y saltaban las velocidades, quedándose el vehículo en plena marcha, en punto muerto. [Sentencia de la AP Ourense, de 27-01-2012](#) (SP/SENT/661048)

Fallos en la caja de cambios y en la pantalla del navegador. [Sentencia de la AP Madrid, de 27-06-2011](#) (SP/SENT/639487)

Avería que conlleva la necesidad del cambio de la culata y del motor. [Sentencia de la AP León de 8-05-2012](#) (SP/SENT/679516)

En estos casos el Código Civil concede al comprador una protección conocida con el nombre de acciones edilicias, reguladas en los artículos 1484 y ss.

Un vicio oculto es un defecto grave que afecta al vehículo vendido y que no está a la vista, que lo hace impropio para el uso del mismo, o que disminuye de tal modo ese uso que, de haberlo conocido el comprador, no lo habría adquirido o habría dado menos precio por el.

Ahora bien, para exigir el saneamiento por los vicios o defectos ocultos el comprador dispone de un plazo de 6 meses a contar desde la entrega del vehículo, siendo necesario:

- 1.- Que el vicio o defecto en el vehículo NO esté a la vista.
- 2.-Que el comprador, por su profesión, no hubiera sido capaz de detectarlo cuando se llevó a cabo la compra.
- 3.-Que el vicio o defecto fuera preexistente en el momento de la venta.
- 4.-Que se ejercite la acción en los 6 meses posteriores a la entrega.

En la regulación que hace el Código Civil, artículo 1486, hay que distinguir:

- Si el vendedor NO conocía los vicios o defectos ocultos, el comprador podrá optar entre:
 - o Desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó (acción redhibitoria)
 - o Rebajar una cantidad proporcional el precio, a juicio de peritos (acción quanti minoris)
- Si el vendedor los conocía y no los manifestó al comprador, éste tendrá la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si opta por la rescisión.

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha declarado la compatibilidad entre las acciones generales de incumplimiento y las específicas de saneamiento por vicios ocultos, en aras de un postulado de justicia material, pues el breve plazo de 6 meses del artículo 1490 del Código Civil para el ejercicio de la acciones edilicias imposibilitaría en muchos casos el éxito de la pretensión del comprador, que si opta por el ejercicio de la acción por incumplimiento contractual dispondría de un plazo mayor, de 15 años, que es el general de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil.

Iciar Bertolá Navarro
Directora de Sepín Obligaciones y Contratos. Abogada

Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos

Entre los diferentes grados de invalidez de los contratos se distinguen dos acciones que son tratadas de forma confusa e imprecisa, en parte por la ambigüedad terminológica con la que nuestro Código Civil se refiere a las mismas, razón por la que hemos querido dedicar este espacio a la denominada nulidad absoluta o inexistencia, y la mera anulabilidad o nulidad relativa.

La nulidad es la mayor sanción que nuestro ordenamiento otorga a un negocio jurídico, al negar al mismo la posibilidad de producir consecuencias jurídicas, y que tiene lugar cuando faltan alguno de los requisitos esenciales para su perfección, como son el consentimiento, el objeto y la causa especificados en el artículo 1261 CC, o cuando el contrato se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC).

El principal efecto de la nulidad de pleno derecho es la falta total de efectos del contrato, de forma que al tratarse de un contrato nulo de pleno derecho, no es necesaria ni su impugnación ni que la nulidad sea declarada judicialmente.

Así, son características de la acción de nulidad:

- La amplia legitimación, ya que pueden solicitarla no solo quienes han intervenido en el contrato, sino, además, quienes hayan podido resultar perjudicados con el mismo ([Sentencia del TS, de 25 de Abril de 2001](#)).

- Se trata de una acción imprescriptible. La acción de nulidad no está sometida a plazo de prescripción, porque lo nulo en su inicio no puede ser convalidado con el paso del tiempo ([AP Cádiz, Sec. 5.ª, de 1 de Octubre de 2009](#)).

Por otro lado, la anulabilidad se encuentra regulada en los arts. 1300 y ss del CC. Es un tipo de ineficacia del contrato que tiene lugar cuando el mismo adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, como pueden ser el defecto de capacidad de obrar, la falta de capacidad del otro cónyuge y los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o

intimidación).

En este caso el contrato existe, puesto que en él concurren consentimiento, objeto y causa, pero sufre algún vicio o defecto, por lo que es susceptible de anulación por los tribunales.

Como señala la sentencia de la AP Granada, Sec. 3, de 7 de Febrero de 2005, la anulabilidad se conceptúa como un tipo de ineficacia relativa caracterizada porque el contrato produce sus efectos desde el momento de su perfección, pero estos son claudicantes, ya que su eficacia puede destruirse por el ejercicio de la acción de anulabilidad, que, en el caso de prosperar, determina la aparición de la ineficacia con efecto retroactivo, referida a la fecha de celebración del contrato; produciéndose, entonces, la restitución de las prestaciones que las partes hubieren realizado en virtud del contrato anulado, con sus frutos e intereses (artículo 1303 CC), y, en su caso, si tal no fuese posible, se deberá restituir su equivalente (artículo 1307 CC).

Son características de la acción de anulabilidad:

- La anulabilidad no opera ipso iure, sino que precisa del ejercicio de una acción mediante la cual se declare por la autoridad judicial competente que tal ineficacia existe.

- La legitimación es limitada. El art. 1302 CC establece que pueden ejercitar dicha acción los obligados principal o subsidiariamente por el contrato que hayan sufrido el vicio en su consentimiento o sean menores o incapacitados. Se excluye la posibilidad de acordar la anulabilidad de oficio.

- En cuanto a su duración hay que decir que la acción de anulabilidad sólo durará 4 años, estableciendo el art. 1301 CC diferentes pautas en cuanto al inicio del cómputo. Así lo establece, entre otras, la [sentencia del TS de 4 de Octubre de 2006](#). Este precepto, a pesar de referirse a la acción de anulabilidad, habla de la nulidad, de ahí la ambigüedad a la que nos referíamos al inicio de este post.

- Por último, la acción es susceptible de extinción, bien por el transcurso de los 4 años, por la confirmación o convalidación del contrato (véase la [sentencia de la AP Barcelona, Sec. 13.ª, de 14 de Junio de 2013](#)) y por la pérdida de la cosa.

La diferencia sobre ambas acciones, efectos y supuestos que

determinan su ejercicio han sido objeto de análisis en el [estudio de jurisprudencia al detalle](#) dedicado a esta materia.

Iciar Bertolá Navarro
Directora de Sepín Obligaciones y Contratos. Abogada

Requisitos para la indemnización de daños y perjuicios

Todo contrato genera obligaciones que deben ser cumplidas, tal y como señala el art. 1.091 CC cuando dice que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

Así, si el efecto propio de los contratos es su cumplimiento, el incumplimiento de una obligación, premisa de la responsabilidad contractual, debe traer como consecuencia, además de la facultad de exigir lo expresamente pactado, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, tal y como señala el art. 1.124 CC.

No existen en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, razón por la que hemos querido elaborar este post, en el que nos ocupamos de la obligación resarcitoria del incumplidor, definiéndola y enumerando los requisitos que jurisprudencialmente se han fijado para que surja la responsabilidad contractual.

La indemnización de daños y perjuicios supone el pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte afectada de los perjuicios derivados del incumplimiento, o, como dice la [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 2010](#) la reparación de la lesión inferida a la otra parte, siempre que se acredite la responsabilidad que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto del acuerdo.

Las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual se prevén en el art. 1.101 CC, que dispone: "Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella".

Para que la responsabilidad contractual opere, es preciso:

- En primer lugar, es imprescindible la prueba y acreditación de la producción de un daño. Es copiosa la jurisprudencia que precisa que la

condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe al demandante. Así lo establece, entre otras, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010](#) cuando señala que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.

El incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de daños y perjuicios, que han de ser alegados y probados, y han de derivarse del pretendido incumplimiento. Por tanto, es necesario demostrar la existencia real de los daños y perjuicios para que la obligación de resarcimiento nazca y sea exigible ([Audiencia Provincial de Cuenca, de 12 de noviembre de 2009](#))

- La imputabilidad a una persona determinada: Es imprescindible, tal y como dispone la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 17 de abril de 2008](#), que sea posible imputar a la demandada algún grado de negligencia o descuido que, a su vez, debe residenciarse en hechos concretos y determinados que, además, han de estar suficientemente acreditados.

- La existencia de una relación de causalidad: Por último, ha de probarse la relación causa-efecto entre el incumplimiento contractual y el daño producido. Véase la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 4 de junio de 2009](#).

La concurrencia de estos requisitos (que fueron objeto de análisis en el [estudio de Jurisprudencia al Detalle](#) dedicado a esta materia) determinará la viabilidad de la acción indemnizatoria derivada del incumplimiento contractual.

Iciar Bertolá Navarro
Directora de Sepín Obligaciones y Contratos. Abogada

¿Adiós a la Justicia Universal?

Está recogido en el art. 36 de la Convención Única de Nueva York de 1961 y en el art. 4 de la Convención de Viena de 1988.

En nuestro ordenamiento jurídico, ese principio se plasma en el art. 23 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) (SP/LEG/2015), en concreto en su apdo. 4.º. No es un principio materialmente absoluto, sino que se limita a determinados delitos graves, hasta hoy los siguientes:

- Genocidio y lesa humanidad.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- Mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- Y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Para que la investigación de estos delitos pueda llevarse a cabo por los órganos judiciales españoles competentes, la ley venía exigiendo la acreditación de que los presuntos responsables se encuentren en España, que existan víctimas de nacionalidad española o “constatarse” la existencia de algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de los mismos hechos punibles. En esta hipótesis el procedimiento judicial iniciado en España habría de sobreseerse.

Ello ha permitido que en los Juzgados Centrales de Instrucción se hayan

abierto causas como la correspondiente a la muerte del periodista José Couso en Irak, los genocidios del Tíbet, Guatemala y Ruanda, los asesinatos del diplomático Carmelo Soria en Chile y del jesuita Ignacio Ellacuría y otros en El Salvador, etc. Una de esas querellas, la del genocidio del Tíbet, ha generado recientemente un serio conflicto diplomático con el régimen chino, lo que, sin duda, constituye el detonante de la reforma de la justicia universal que se ha tramitado por la vía de urgencia y que ya se ha publicado en el BOE (de 14 de marzo de 2014), entrando en vigor el 15 de marzo de 2014.

Así es, en fecha 14 de marzo de 2014 se ha publicado en el citado Periódico Oficial el texto de la [Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo](#) (SP/LEG/14069) por la que se modifica aquel precepto de la LOPJ, y acota la investigación judicial imponiendo determinadas condiciones para la instrucción de cada uno de los delitos. Estas son:

- En los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.
- En los delitos de tortura y contra la integridad moral (arts. 174 a 177 CP), cuando: a) el procedimiento se dirija contra un español; o, b) la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
- En los delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando: a) el procedimiento se dirija contra un español, o b) la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
- Los delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios

marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

- En los delitos de terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: a) que el procedimiento se dirija contra un español; b) que el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; c) que el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; d) que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; e) que el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; f) que el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; g) que el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español, o h) que el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

- En los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: a) el delito haya sido cometido por un ciudadano español, o b) el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

- En los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho también en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

- Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

- En los delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: a) el procedimiento se dirija contra un español, o b) cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

- En los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u

organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

- En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: a) el procedimiento se dirija contra un español; b) el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; c) el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, d) el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

- En los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que: a) el procedimiento se dirija contra un español; b) el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, c) el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de la comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

- En los delitos de trata de seres humanos, siempre que: a) el procedimiento se dirija contra un español; b) el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; c) el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España, o d) el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

- En los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: a) el procedimiento se dirija contra un español; b) el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; c) el delito hubiera sido

cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España, o d) el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

- En los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando: a) el procedimiento se dirija contra un español; b) el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; c) el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; d) la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, o e) el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de la comisión de los hechos.

- Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España, o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Del mismo modo, la jurisdicción española también será competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Del texto de la Ley ha desaparecido la protección de la mutilación genital femenina, que se había introducido en el art. 23.4 LOPJ por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio.

Esta reforma ha levantado muchas voces en su contra, argumentando que la misma supone el fin de la Justicia Universal en España. Y no les falta razón. Las nuevas condiciones para perseguir el genocidio y en general los demás delitos, va a suponer un freno definitivo a la apertura de causas similares a las que nos hemos referido mas arriba y el

sobreseimiento de las que estén abiertas y no cumplan esas nuevas condiciones.

Además, su Disposición Transitoria Única dispone que “las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”, lo que va a determinar, como acabamos de adelantar, el rápido sobreseimiento de diversas causas actualmente abiertas, entre ellas la relativa al genocidio del Tíbet, respecto a la que la presión diplomática de la República Popular China ha obtenido su rápida y contundente respuesta legislativa.

Roberto Guimerá Ferrer-Sama
Director de Sepín Penal. Abogado

La necesaria reforma de la regulación del indulto

La figura del indulto aparece con frecuencia en nuestra prensa con motivo de su solicitud por parte de políticos, jueces u otros personajes conocidos condenados o en casos llamativos, o con ocasión de su concesión o rechazo por el Gobierno en esos supuestos. A mi juicio muchas veces la presencia mediática de esta institución está plenamente justificada, aunque en otras se trata con abierta demagogia, populismo y/o con gafas ideológicas. Es una medida que se presta fácilmente a la polémica como expresión de la supuesta arbitrariedad de la alta autoridad que tiene la facultad de concederla o rechazarla.

¿En qué consiste la llamada “gracia del indulto”? Es una potestad discrecional, de carácter excepcional, atribuida al Estado, en virtud de la cual el mismo efectúa la remisión de todas o parte de las penas a que una persona hubiese sido condenada por sentencia firme y que todavía no hubiese cumplido, o su conmutación en otras menos graves, buscando dotar de justicia a condenas injustas o desproporcionadas, aunque la ley penal se haya aplicado escrupulosamente, o ante situaciones manifiestamente irrazonables.

En España aparece reconocida al Jefe del Estado en el art. 62.i) de nuestra Constitución, pero el monarca carece aquí de discrecionalidad, pues quien la acuerda es el Gobierno, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, y el Rey lo que hace es firmar el correspondiente Real Decreto.

Muy sucintamente, la solicitud ha de plantearse por los propios penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, así como también por el Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el Fiscal, y sobre la misma habrá de informar dicho órgano que dictó la sentencia, siendo oídos el Ministerio Fiscal y la persona ofendida, si la hubiere, y en su caso también el equipo técnico del Centro Penitenciario.

Con la regulación actual y la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la decisión del Gobierno en virtud de la cual se concede o deniega un indulto no es un acto sujeto al derecho

administrativo; está integrado en el derecho de gracia, lo que significa que la decisión final no será fiscalizable de ninguna forma (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 9-5-2013, SP/SENT/719947, por citar una resolución reciente). Lo único que sí podría controlarse en vía jurisdiccional sería exclusivamente su aspecto formal o procedimental, es decir la corrección del trámite seguido en sus elementos esenciales, que no se han violado normas esenciales del procedimiento (los arts. 19 a 32 de la Ley) (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 7-5-2010, SP/SENT/507287; TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 28-4-2009, SP/SENT/456839), singularmente que no se hayan solicitado los informes establecidos en la Ley, aunque no sean vinculantes.

Según esa misma jurisprudencia, aquella decisión gubernamental tampoco está precisada de motivación, pues NO está sujeta a la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta última circunstancia, la innecesariedad de motivación del acuerdo de concesión o denegación del indulto, ha sido objeto de crítica por algún sector doctrinal aduciendo que los poderes públicos pueden incurrir en arbitrariedad, por lo que propugnan una modificación legislativa en la que se exija que en todo indulto se incluya la correspondiente motivación, es decir, la expresión concreta de las razones que llevan al Gobierno a concederlo o denegarlo.

Sobre esa base, el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado en la Mesa de la Cámara una Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870, que fue admitida a trámite y publicada en el [Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 2014](#), en el que se formula la modificación parcial del actual articulado, principalmente en los siguientes aspectos:

- a) El principal, la exigencia de la motivación que justifique la decisión de concesión o rechazo del indulto, en la que se habrán de recoger de forma expresa y concreta “las razones de justicia, equidad o utilidad pública” que refiere la Ley, a la que habrá de añadirse su incidencia en la reinserción social del condenado.
- b) En segundo lugar, como ya ha anunciado el Ministro de Justicia en una reciente comparecencia, excluir de la posibilidad de aplicar el indulto a

los condenados por delitos relacionados con la corrupción, cuando sean cometidos por autoridades o cargos públicos, conducta excesivamente generalizada en especial en los últimos tiempos, que tanta alarma social genera y que tiene colocada por los suelos la confianza de los ciudadanos de a pie en la llamada clase política.

c) Como tercer aspecto propuesto en la reforma, ampliar el número de informes a presentar en el expediente de indulto, exigiendo además el de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario en el que el interesado cumpla la condena, y

d) Y por último, exigir que el indulto total requiera la conformidad del órgano judicial sentenciador.

En mi opinión aquella exigencia de motivación (que fue suprimida por la reforma de 1988) resulta imprescindible en un Estado de Derecho como única forma de conocer las razones que han llevado al Gobierno a conceder el indulto, sobre todo en concretos supuestos especialmente graves o que generan alarma social, en que la concesión no se comprende sin una adecuada explicación -motivación- en el propio Real Decreto, no a posteriori en ruedas de prensa, entrevistas periodísticas o similares, como hasta ahora viene sucediendo.

Y que queden excluidas del indulto las condenas por corrupción política responde a un clamor ciudadano ante la lamentable generalización de estas conductas que salpica a todo el espectro político, sin práctica excepción. Resulta escandaloso que los propios miembros del Gobierno, integrados en un partido político, sean los legitimados para adoptar la decisión de indultar o no a sus propios colegas -de su mismo partido o tendencia o rivales-, condenados por delitos corrupción. La reforma en este punto deviene imprescindible, como una medida mas, si de verdad se quiere luchar contra la corrupción política y a la vez lavar esa imagen muy manchada de nuestros gestores públicos.

Roberto Guimerá Ferrer-Sama
Director de Sepín Penal. Abogado

Los juicios paralelos: presunción de inocencia vs. derecho a la información

En los tiempos que vivimos parece que el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) solo están obligados a acatarlo nuestros Juzgados y Tribunales, pues fuera de este campo es evidente que el principio rector no es otro que el de culpabilidad.

Vaya por delante mi más absoluto respeto al también derecho fundamental a la información (art. 20.1.d CE) y mi reconocimiento a la profesión de periodista y a su libertad e independencia, imprescindibles en todo Estado de Derecho. No obstante, he de decir que vivo permanentemente escandalizado e indignado cada vez que leo un periódico o me enchufo a una tertulia televisiva o radiofónica y compruebo, en muchos casos que no quiero señalar, la enorme demagogia, populismo, frivolidad, desinformación e incluso resentimiento e ignorancia con que se vierten opiniones cuando de crónicas judiciales penales se trata, máxime en aquellos casos en los que el verdadero problema no es ya solo una cuestión de prueba, sino de interpretación jurídica a veces enormemente técnica y complicada, para la que los opinadores, como es lógico, no están preparados. Y esto es aún mas grave si cabe cuando desde ese púlpito de opinión y sobre esa fragilísima base se dicta un pronunciamiento condenatorio contra el personaje en cuestión. Estas opiniones calan muy hondamente en la opinión pública de tal manera que si, por ejemplo, finalmente los órganos judiciales sobreseen el caso o le absuelven, surge un clamor popular contra “la justicia” por injusta, aunque ignoren que el sobreseimiento o la absolución obedezcan a que se ha demostrado que aquel no fue el autor, o que no existan pruebas o que por ejemplo éstas se hayan obtenido incumpliendo los requisitos legales y/o jurisprudenciales, tecnicismos cuyo conocimiento obviamente tampoco está a su alcance. Da igual, la condena social ya era firme y por lo tanto “la justicia no funciona”.

Todo ello se agudiza aún mas en estos momentos de crisis en los que la

sociedad necesita encontrar culpables y lo “cool” es crucificar automáticamente a todo lo que huele a “poder”, llámese político, banquero o yernísimo. Y aquí ya ha entrado también la “prensa del corazón” en que el esperpento es inenarrable. Ni que decir tiene que quien durante la correspondiente investigación policial y judicial presente indicios de culpabilidad, y en el que concurran los requisitos del art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene que entrar en prisión provisional, y si finalmente tras su enjuiciamiento resulta que es autor de uno o mas delitos, deberá ser condenado. Y si alguno de todos estos personajes que todos tenemos en mente son finalmente declarados culpables, que se les aplique el Código Penal con todo el rigor que merezcan. Por supuestísimo. Pero estos criterios también deben ser aplicados a aquellos casos también mediáticos pero de personajes “de la calle” que igualmente hayan cometido delitos pero que son absueltos por la opinión pública porque esos actos –aún delictivos– cuentan con aclamación populista. El peso de la ley debe caer sobre todo aquel que haya delinquido.

El daño que se ocasiona al “personaje”, a la persona, a su imagen pública, a su honor, a su credibilidad, a su familia, etc., ya no tiene vuelta de hoja alguna, ni aunque con posterioridad (muchacha, desgraciadamente) se le absuelva incluso “con toda clase de pronunciamientos favorables”. Las demandas para defender su imagen y su honor al amparo de la [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), ya tendrán su resolución años después y su publicación en el mismo medio de comunicación ya llega muy tarde. Por no hablar de los casos de los que entran en prisión (con cámaras de televisión como testigos) y luego son absueltos, en los que la vía de la reclamación patrimonial por funcionamiento normal o anormal de la Administración de Justicia, en el difícil supuesto de que tenga éxito, tampoco va a borrar ese daño que es indestructible.

Cuando me preguntan por estos asuntos siempre digo que no doy mi opinión sobre asuntos judiciales cuya instrucción, enjuiciamiento y demás pormenores desconozco, y de los que la única información con que cuento procede de los medios de comunicación. Me alarma, por ejemplo, como ha sucedido no hace mucho, que concretos políticos se hayan llegado a unir a una manifestación frente a una sentencia (de contenido muy técnico) que ni siquiera se habían leído, simplemente porque el “personaje” contaba con sus simpatías, siendo este gesto

aplaudido por sus correligionarios, que por supuesto tampoco se la habían leído. Y me enciende que concretos sectores de la opinión pública se rasguen las vestiduras porque se haya quebrantado el dogma indeleblemente asentado de “Banquero = Cárcel”, con la excarcelación del Sr. Blesa, ignorando o haciendo oídos sordos a las razones jurídicas y procesales que han llevado a ello, y disparando de paso contra la Fiscalía por haber atacado aquel dogma con algo tan absurdo como la defensa de la legalidad y nuestras leyes procesales.

Al lado de todo esto y muy interconectado está el problema de las llamadas “filtraciones” de las actuaciones judiciales a los periodistas. Es un tema que me parece de difícil tratamiento al entrar en juego los principios de publicidad de los juicios y de libertad de información, que constituyen dos de los pilares de la sociedad democrática. Pero ciertamente aquí radica casi siempre la base que sustenta los juicios paralelos, pues se nutren de la información y documentos que se obtienen de alguna de las partes, o de sus abogados y en muchas ocasiones ¡¡¡del propio órgano judicial!!! Muchas veces son los mismos Juzgados los que están alimentando la crónica diaria de esos juicios paralelos. Esta misma mañana, escuchando la radio en el coche mientras venía al trabajo, las noticias y subsiguiente tertulia trataron casi exclusivamente asuntos judiciales (casos Bretón, Blesa, Infanta, “E.R.E.s” y Messi; este último es un caso “especial” pues su sentencia social ya es absolutoria, quizá por aplicación de alguna nueva eximente). Todo ello me ha hecho pensar y el calentón me ha llevado a escribir este post, “políticamente incorrecto”, soy consciente, pero es mi opinión.

Claro que también en la “intensidad” de las “filtraciones” influye -a mi juicio a veces muy decisivamente- la personalidad del titular del órgano judicial, pues frente a Jueces muy discretos nos encontramos con otros extremadamente extrovertidos y narcisistas. Pero este es otro problema.

En el borrador del nuevo [Código Procesal Penal](#) en que se está trabajando en el Ministerio de Justicia se pretende abordar esta cuestión de las “filtraciones” una vez decretado el hasta ahora llamado “secreto del sumario” (arts. 135 y siguientes del actual borrador) para tratar de atajar estos “juicios paralelos”, sancionando a quienes se acredite que han revelado actuaciones judiciales sometidas a ese secreto sumarial. Frente a este anuncio del Ministro ya se han alzado voces desde el

ámbito periodístico que afirman que esas medidas sancionadoras que se pretenden implantar atentan contra el Derecho a la información. En mi criterio debe primar la investigación, que para eso se declara el secreto de las actuaciones y, por lo tanto, no me parece mal que se castigue a quien vulnere esa restricción informativa de la causa, no al medio de comunicación que la divulgue, pero en todo caso, debemos esperar a la redacción definitiva del texto legal.

Y de todas formas esta medida es una simple tirita para una herida mucho mas grande. Sé que es difícil por la conjugación de los derechos fundamentales que he aludido al principio, pero la cuestión que aquí tratamos exige una regulación mucho mas profunda y detallada, o como mínimo una autocrítica de todos los involucrados que en la práctica produzca sus efectos. Deseos utópicos expresados desde mi ingenuidad.

Roberto Guimerá Ferrer-Sama
Director de Sepín Penal. Abogado

¿Se ha suprimido la unanimidad en los acuerdos comunitarios?

Es esta una de las preocupaciones de las Comunidades de Propietarios que han visto paralizadas muchas de sus propuestas de cambio o adaptación por la simple negativa de un propietario.

Esta situación se intentó paliar con la reforma de la citada LPH en el año 1.999, Ley 8/1999, en la que se modificó el régimen de mayorías, y en la cual asuntos de importancia para las Comunidades, como es la creación de nuevos servicios comunes de interés general, pasaron de necesitar la unanimidad a poderse aprobar por las tres quintas partes de la totalidad de cuotas y propietarios.

La reciente reforma por la Ley 8/2013, ha querido ir más allá, teniendo en cuenta la importancia que se ha dado a la realización de obras en la Comunidad, tanto a nivel general –reparaciones u obras de conservación– como desde el punto de vista particular –cierre de terrazas o la construcción de nuevas plantas–. Obras para las que, en el caso de las privativas, hubiese sido preceptiva, de acuerdo con la anterior regulación, la unanimidad. Ahora, habrá de entender que es suficiente con la mayoría de las tres quintas partes de la totalidad de cuotas y propietarios, por la aplicación de lo dispuesto en el art. 10.3 b).

Ahora bien, volviendo a la pregunta, la respuesta sería que este quorum ha desaparecido casi por completo, pero sigue resultando necesario para supuestos excepcionales.

Así, el art. 17.6 LPH establece: “Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”.

Luego, la conclusión es que no desaparece pero cada vez tiene menor importancia, lo que supondrá mayor agilidad en la Comunidad, que no se verá paralizada por la simple negativa de un comunero.

Ahora bien, en principio y salvo las excepciones previstas en la propia Ley de Propiedad Horizontal, cualquier modificación del Título Constitutivo necesita del acuerdo unánime de los propietarios, esto es, no es posible otra forma de cambiar las normas esenciales del inmueble sin el consentimiento expreso o tácito de todos y cada uno de los propietarios, conforme al mismo art. 5 de la Ley.

De este modo, se necesitará del concurso de todos los comuneros, por ejemplo, el cambio de las reglas esenciales del Título, la creación de obligaciones, la modificación de las cuotas de participación, así como otros conceptos de esta índole. Pero no se puede aplicar el mismo criterio a simples modificaciones en las normas de funcionamiento interno, más propias del Reglamento (art. 6), las obras de menor cuantía o la decisión de que un determinado gasto pueda ser repartido de forma distinta al coeficiente, por poner algunos ejemplos.

Hay que tener en cuenta que el quorum no es solo de los presentes en la Junta, sino de la totalidad de propietarios de tal forma que, una vez que se adopta el día de la reunión, se habrá de notificar a los ausentes, que se entenderán vinculados por el acuerdo si no contestan en contra dentro de los treinta días siguientes, como señala el art. 17.8.

Este determinado acuerdo, si quiere vincular a terceros, por ejemplo, a nuevos propietarios en una determinada prohibición en el destino de alguna propiedad, ha de ser inscrito en el Registro, como establece el art. 5.3 de la Ley.

Para ello no es necesario que acudan todos los propietarios ante el notario, ya que es suficiente que lo haga el Presidente, siempre y cuando en la Junta se haya acordado la facultad correspondiente, indicando de forma exacta y rigurosa en qué consiste la modificación y acreditando la unanimidad de los asistentes y ausentes, pues en otro caso no será posible llevar a cabo el nuevo documento público y su posterior inscripción registral. De este modo se ha pronunciado la Resolución de la [DGRN de 30-7-2011](#) (SP/SENT/654099).

María José Polo Portilla
Directora de Sepín Propiedad Horizontal. Abogada

Comunidad de Propietarios: ¿qué gastos comunes está obligado a pagar el nuevo propietario?

En el mes de septiembre de 2012 ya escribí a este respecto pero, en esa ocasión el post iba dirigido a las Comunidades de Propietarios de fincas situadas en Cataluña ([SP/DOCT/16896](#)), no obstante, teniendo en cuenta su régimen específico, no todo lo que allí se expuso puede ser aplicable al resto del territorio español; por eso y porque consecuencia de la reforma de la LPH por la Ley 8/2013 se están generando algunas dudas, con respecto a la denominada afección real, paso a contestar al interrogante anterior.

Sin duda, todo nuevo propietario está obligado al pago de los gastos comunes, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.1.e) de la LPH, pero ¿deberá pagar todas las derramas que se generen desde el momento de la adquisición?

Sí, pero he de hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, hablaré de la denominada afección real. Este ha sido uno de los grandes logros de esta reforma; se incrementa hasta tres años, como establece el citado art. 9.1 e), cuando antes el límite estaba en una sola anualidad.

Así, el adquirente de una vivienda o local en régimen de Propiedad Horizontal responde con el propio inmueble de las cantidades adeudadas a la Comunidad de Propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares, hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.

Con la actual redacción queda claro, al menos ese es el criterio que mantenemos en Sepín, que la fecha a tener en cuenta es la de la venta y no cuando la demanda se presenta, es decir, con independencia de que la reclamación se efectúe con posterioridad al 28 de junio de 2013, día en el que entró en vigor la reforma de la LPH, si los nuevos propietarios

lo son con anterioridad, la responsabilidad será solo por el año anterior, mientras que si la reclamación lo es a un propietario que adquirió con posterioridad a la citada entrada en vigor, el plazo de podrá incrementar hasta tres.

A esta afección responde el comprador o adjudicatario solo con el propio inmueble, pero no con otros bienes de los que pudiera disponer, pues esa es la interpretación jurídica que se debe hacer de la expresión literal del repetido art. 9.1.e).

Naturalmente siempre cabe la posibilidad de que el juez correspondiente entienda otra cosa, esperando que esto no ocurra.

Pero, ¿cómo sabemos a qué gastos estamos obligados?

- En primer lugar, es recomendable consultar el Título Constitutivo o Escritura de División Horizontal.

De este modo, se podrá comprobar, si existe alguna forma especial de reparto de gastos o incluso exoneración, pues lo no inscrito no vincula a terceros, como establece el párrafo tercero del art. 5 de la LPH, aunque hay que tener en cuenta que los nuevos adquirentes sí lo estarían si consienten durante años una determinada forma de pago, es decir, estarían vinculados, al menos, hasta ese momento, sin perjuicio de que llegado el caso se pudiese volver al sistema fijado en el Título pero sin efectos retroactivos, de tal modo que lo abonado hasta ese momento no le sería reembolsado, así se han pronunciado entre otras las sentencias de [AP Alicante, Sec. 5.ª, 21-11-2012](#) (SP/SENT/707581) y la [AP Madrid, Sec. 18.ª, 11-10-2006](#) (SP/SENT/104048).

- Si la transmisión se realiza mediante compraventa, es necesario, el certificado de deuda, según establece el citado art.9.1.e) de la LPH. Éste debe entregarse por la Comunidad, firmada por el Secretario y con el visto bueno del Presidente, teniendo en cuenta la responsabilidad de estos cargos en el de error o negligencia.

Los problemas pueden surgir en relación al contenido o no presentación del mismo:

Contenido:

La LPH, a diferencia del CCCat, señala que solo deberá figurar el estado de deudas, es decir, únicamente lo que el vendedor debe a la

Comunidad, entendiendo por tal, aquellas cantidades que han sido pasadas al cobro y no han sido abonadas.

De este modo, aunque no es obligatorio que aparezcan las posibles derramas que se vayan a girar, aunque ya hayan sido aprobadas o cualquier otra regularización de saldos, siempre es recomendable que el comprador se interese por estas situaciones, incluso que así figurase en el certificado, pues, en caso de impago por el vendedor, será él quién deba asumir estos gastos, ya que se han girado con posterioridad a la venta.

Sepín siempre ha mantenido que este certificado debe ser lo más completo posible y, por ello, deberían figurar todas estas partidas; a este respecto formulamos una encuesta en Sepín, ([SP/DOCT/2827](#)), dónde la opinión de nuestros colaboradores estaba dividida

Pudiera darse el caso de que en la citada certificación se indicase que existen deudas, lo que no significa que el comprador debe asumirlas por ley pero, solo lo hará si lo admite o se subroga expresamente, pues en otro caso, el máximo de su responsabilidad es la afección real del año actual y de los tres anteriores.

Renuncia:

Se puede exonerar por el comprador de la presentación de este documento o darse casos, por ejemplo, adjudicación judicial, en los que rara vez se pide a la Comunidad la oportuna certificación. En estas situaciones, el nuevo propietario no podrá adquirir la obligación de pago más allá de la ya citada afección real, como señala la sentencia de la [AP Alicante, Sec. 5.ª, 3-4-2012](#) (SP/SENT/681981).

En cualquier caso y lo que tiene que tener en cuenta el nuevo adquirente es que, ahora mismo se ha de ser más cauto a la hora de renunciar al citado certificado y desde luego si se adquiere por adjudicación judicial, intentar indagar sobre la situación del inmueble, teniendo en cuenta que, como he expuesto, con la reforma de la LPH, se ha incrementado la obligación del nuevo propietario, antes estaba obligado a pagar por el parte vencida de la anualidad en curso y el año anterior, ahora, este periodo lo será de tres años.

María José Polo Portilla

¿Qué hacer cuando el propietario moroso ha fallecido?

Uno de los supuestos que mayores quebradores de cabeza nos trae a los abogados en las reclamaciones judiciales en general, pero especialmente en las de morosos de las Comunidades de Propietarios, tiene lugar cuando el potencial demandado fallece antes de haberse iniciado el procedimiento judicial.

En estos casos no es lo mismo lógicamente, en cuanto al nivel de complejidad, que se conozca a alguno de los herederos o que se desconozca totalmente la existencia de los mismos. En el primer supuesto, la demanda deberá ir dirigida contra la herencia yacente del fallecido en la persona del heredero conocido, a fin de que pueda personarse en el procedimiento en nombre de aquél, mientras que en el segundo caso, la demanda se dirigirá, sin más datos, contra la herencia yacente del fallecido o, lo que es igual, los ignorados herederos de aquél, no pudiéndose designar otro domicilio que el del inmueble causa de la reclamación.

En esta segunda hipótesis que analizamos el primer escollo lo podemos encontrar con que el Juzgado no nos admita a trámite la demanda sin acreditar previamente el fallecimiento del demandado pues muchos Juzgados niegan que pueda reclamarse una deuda frente a una herencia yacente a través del procedimiento monitorio pues sostienen que el deudor debe estar claramente identificado. La acreditación del fallecimiento del demandado no siempre resulta sencilla dado que el Registro Civil, por lo menos hasta mediados del 2014 en que entrará en vigor la nueva Ley del Registro Civil, necesita más información de los simples nombres, apellidos y DNI, para poder expedir la correspondiente certificación, aunque ciertamente a través del Punto Neutro es perfectamente posible a día de hoy recabar esta información.

Pero es que aún cuando superemos esta contingencia, y continúe la tramitación del procedimiento, la mayor dificultad puede hallarse en la fase de ejecución al pretender el embargo de la vivienda o local origen de la reclamación, pues la DGRN (Resoluciones de 12 de julio de 2013, 10

de enero de 2011 o 27 de julio de 2010) ha venido exigiendo, cuando la ejecución recae sobre los ignorados herederos del titular registral fallecido, el nombramiento de un administrador judicial de la herencia yacente, ante el temor de que pudiese originarse indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución.

Consecuencia de ello, y recordando que la Comunidad de propietarios puede perfectamente hacer uso del tablón de anuncios, en primer lugar deberá haberse efectuado la notificación del acuerdo, de no haberse indicado ningún otro domicilio a efectos de notificación, en el piso o local perteneciente a la Comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo, y si ha resultado imposible practicarla, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la Comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de secretario de la Comunidad, con el visto bueno del presidente, surtiendo entonces plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

No obstante estas últimas Resoluciones, lo cierto es que muchos Juzgados, o desconocen su existencia o son excesivamente cautos en la protección de los derechos del fallecido, lo que obliga a los Letrados a adoptar extraordinarias cautelas que no deberían ser necesarias. Así no es de extrañar observar como en ocasiones se renuncia al procedimiento monitorio, acudiendo a un juicio declarativo que permite un mayor margen de maniobra, o incluso se solicita en la propia demanda el nombramiento de un administrador judicial del demandado.

Alberto Torres López
Director Jurídico de Sepín. Abogado

¿Por qué no funciona el arbitraje en las Comunidades de Propietarios?

Aun cuando seamos fervientes defensores del arbitraje como solución extrajudicial de los conflictos, no podemos negar la realidad de que en el ámbito de las Comunidades de Propietarios, fuente inagotable de litigiosidad, el arbitraje no funciona.

Uno de los motivos es la inseguridad provocada por un sinnúmero de resoluciones contradictorias que, sin embargo, se vienen inclinando mayoritariamente por la postura contraria al arbitraje cuando el comunero afectado se halla ausente al aprobar la Comunidad el acuerdo de sometimiento de la controversia surgida a la resolución arbitral.

- Otorgan validez al convenio arbitral aún cuando se halle ausente de la Junta el comunero afectado: Sección 8.^a (Autos 25-2-2013, 10-10-2011, 19-9-2011 u 11-7-2011); Sección 9.^a (Autos 22 y 23-5-2012, 24-6-2011, 27-7-2011); Sección 13.^a (Autos 23-3-2012); Sección 25.^a (Autos 13-3-2012, 29-10-2010).

Resumiendo brevemente el fundamento esgrimido por todas estas resoluciones para su admisión, si el comunero ausente no impugnó en tiempo y forma el acuerdo comunitario en el que se aprueba la sumisión a arbitraje de la cuestión litigiosa conforme a lo dispuesto en el art. 18 LPH, éste es perfectamente válido y tiene la efectividad propia de todo convenio arbitral.

- Por el contrario niegan validez al convenio arbitral cuando el propietario no acude a la Junta: Sección 9.^a (Auto 10-1-2013); Sección 11.^a (Autos 28-1-2013 o 23-4-2012); Sección 12.^a (Autos 17-1-2013, 16-1-2013, 12-1-2013, 7-5-2012 y 15-6-2011); Sección 14.^a (Autos 18-1-2013 o 02-2-2012 o Sent. 27-3-2007); Sección 18.^a (Autos 21-05-2012 o 24-4-2012); Sección 19.^a (Autos 19-1-2012, 7 y 12-7-2011); Sección 20.^a (Auto 20-02-2012) y la propia Sección 21.^a además de en el Auto que dicta de 09-01-2013 en otros posteriores como el de 15-1-2013 y anteriores de 17-10-2012, 20-7-2012, 27-3-2012, 11-1-2012 u 8-11-2011.

A su vez, estas resoluciones sostienen resumidamente que la efectividad del convenio arbitral, respecto de los propietarios individualmente considerados, exige que estos acepten expresamente el convenio.

Es importante reseñar que la práctica totalidad de estas resoluciones se refieren a las reclamaciones de cuotas comunitarias, lo que es prueba palpable de la escasa implantación del arbitraje en el ámbito de las Comunidades de Propietarios, puesto que lo importante sería que la voluntad de someter a arbitraje se extendiese a la totalidad de las cuestiones litigiosas propias de aquellas.

Personalmente, me muestro favorable a la postura mayoritaria que todo parece indicar va a acabar imponiéndose en nuestros Tribunales, sin que ello suponga ningún tipo de reticencia a la admisión del arbitraje en el ámbito de las Comunidades de Propietarios; muy al contrario. El arbitraje exige convencimiento y voluntad expresa de las partes plasmada en el inexcusable convenio arbitral. El arbitraje no puede utilizarse como subterfugio impuesto por una de las partes por considerar que puede ser más favorable para sus intereses. Todos deben creer que es la mejor forma de solventar las distintas controversias que puedan surgir entre ellos eligiendo cuidadosamente la Corte Arbitral que deba resolver estos conflictos.

Además, reiteramos que esta sumisión debería hacerse respecto de cualquier controversia que pueda surgir en la Comunidad, puesto que hay que ser conscientes de que precisamente en las reclamaciones de morosos es donde menos sentido tiene el arbitraje, dado que la necesidad de acudir a los Tribunales para ejecutar el Laudo va a ralentizar más la reclamación que si se acude directamente al juicio monitorio, en el que de no formularse oposición, como ocurre en la mayoría de los casos, se abre de forma casi inmediata la ejecución.

Por lo tanto, es importante señalar que para que no exista ningún tipo de duda sobre la validez del arbitraje en el ámbito de las Comunidades de Propietarios es necesario:

- 1.º Que la sumisión a arbitraje venga recogida en el Título Constitutivo o en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, con la claridad y precisión propia de todo convenio arbitral, siendo recomendable transcribir la cláusula propia de la Corte Arbitral elegida.

2.º Que, de no ser así, se acuerde por la Junta de Propietarios con el voto favorable del comunero o de los comuneros afectados. Dicho acuerdo no requiere el voto unánime de la Comunidad, puesto que, en relación con esta última, bastará con la voluntad de la mayoría de los comuneros al no implicar la modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos conforme a lo dispuesto en el art. 17.6 LPH ni hallarse en ningún otro supuesto de mayoría cualificada.

Alberto Torres López
Director Jurídico de Sepín. Abogado

¿Cómo puedo conocer mis seguros de vida o los de un familiar fallecido?

Es difícil conocer, incluso en nuestro propio ámbito, la cantidad de seguros de vida asociados a cada persona, ya que además de los contratados por voluntad propia existen un sinnúmero de seguros de los que algunas veces desconocemos su existencia, como los seguros adjuntos a paquetes de viajes turísticos, tarjetas de crédito, y mucho menos su clausulado, por culpa propia o ajena, como los vinculados a los préstamos hipotecarios, los seguros de accidentes, etc... . Por ello, en caso de fallecimiento del tomador del seguro o del asegurado, sus posibles beneficiarios suelen perder las indemnizaciones a las que tienen derecho y que debieran percibir. Este desconocimiento y la rápida prescripción producían a las compañías aseguradoras un beneficio indebido, pues muchas pólizas quedaban sin cobrar.

Para remediar esta situación se crea el Registro de contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento mediante la [Ley 20/2005, de 14 de noviembre, sobre la Creación del Registro de Contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento](#), con un desarrollo reglamentario que se llevó a cabo en el año 2007, mediante el [RD 398/2007, de 23 de marzo](#). De esta manera, se dio por completado el marco que permite hacer operativo el referido Registro.

Es así que la finalidad del citado Registro es la de "suministrar la información necesaria para que pueda conocerse por los posibles interesados, con la mayor brevedad posible, si una persona fallecida tenía contratado un seguro para caso de fallecimiento, así como la entidad aseguradora con la que lo hubiese suscrito, a fin de permitir a los posibles beneficiarios dirigirse a ésta para constatar si figuran como beneficiarios y, en su caso, reclamar de la entidad aseguradora la prestación derivada del contrato" (art. 2 de la Ley 20/2005). Se trata claramente de proteger a los posibles beneficiarios de un contrato de seguro de cobertura de fallecimiento, de manera que cuando se produzca el riesgo asegurado, puedan dirigirse a la compañía

aseguradora para reclamar, en su caso, el cumplimiento de la cobertura contratada mediante el pago de la indemnización debida.

Para ello se dispone de dos tipos de documentos, según se quiera solicitar información sobre las propias o las ajenas pólizas de vida suscritas. Así hay que distinguir:

A) Nota informativa: Es el documento que recibe cualquier persona, EN VIDA, interesada en saber si las pólizas de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento, a su nombre, están recogidas en el Registro de Contratos de Seguros de cobertura de fallecimiento. Este derecho puede ejercerse en cualquier momento, previa acreditación de su identidad y de forma gratuita.

En el caso de que los datos que existen en el Registro fueran inexactos, incorrectos o inadecuados se le facilitará al asegurado la dirección de la Compañía de Seguros correspondiente, ante quien exigirá la rectificación de los mismos, ya que es la responsable del tratamiento de los datos.

Puede solicitarse [presencialmente](#), por [correo](#) o por [internet](#) con certificado digital.

B) El certificado de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento: es el documento que acredita los contratos vigentes en que figuraba como asegurada la persona fallecida y con qué entidad aseguradora. En caso de que la persona fallecida no figurase como asegurada en ningún contrato, tal extremo se hará constar expresamente en el certificado que se emita.

Los contratos de seguro respecto de los que es posible obtener un certificado son los relativos a los seguros de vida con cobertura de fallecimiento y a los seguros de accidentes en los que se cubra la contingencia de la muerte del asegurado, ya se trate de pólizas individuales o colectivas.

Se petición se efectuará obligatoriamente a través del [Modelo 790](#), que se puede descargar en la página web del Ministerio de Justicia o en el enlace anterior, u obtener gratuitamente en ciertas instituciones, con un tasa de 3,58 euros, pero no podrá presentarse hasta transcurridos 15 días hábiles desde la fecha del fallecimiento.

En este caso, la documentación necesaria será el Certificado Literal de Defunción, que habrá de ser original o fotocopia compulsada, expedido

por el Registro Civil correspondiente a la localidad en que la persona haya fallecido, y en el que deberá constar necesariamente el nombre de los padres del fallecido.

Si la fecha del fallecimiento es posterior al 2 de abril de 2009 y la defunción no está inscrita en un Juzgado de Paz no es necesario presentar el certificado de defunción. en este caso es imprescindible consignar el DNI/NIE del fallecido (si carece de NIE el nº de pasaporte o, en caso de no tenerlo, el de otro documento de identidad de su país de origen).

Los datos se encuentran disponibles en el Registro de Contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento durante un plazo de 5 años desde la fecha de la defunción.

En relación con esta materia se puede encontrar en la página Web de Sepín un artículo sobre [el Registro de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento y la protección de datos](#) de Elena Davara, Abogada. Socia de Davara y Davara y especialista en Derecho de las Nuevas Tecnologías.

Marta López Valverde
Directora de Sepín Responsabilidad Civil y Seguro

¿Hay un seguro obligatorio para la vivienda? ¿Y para el edificio?

A raíz de la comentada propuesta de Directiva sobre los Contratos de Crédito Celebrados con los Consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial, que según la información publicada va a prohibir la imposición del seguro por la entidades prestamistas vinculado a la hipoteca, y por la infinidad de consultas realizadas sobre este tema, creo necesario aclarar esta cuestión de los seguros obligatorios relacionados con la vivienda.

Vaya por delante, que pese a toda la normativa que citó a continuación, ante la falta de seguro, parece que la única responsabilidad que se genera es acarrear, a costa del patrimonio propio del que incumple, con los daños producidos por el siniestro, incluida la posible pérdida total de la vivienda, frente a otros seguros obligatorios como el de circulación de vehículos, que ante el incumplimiento de su suscripción generan efectos administrativos, civiles y penales.

Pues en contestación a la pregunta, comenzando con los que tienen una vivienda hipotecada, SI, estarían obligados. Ello porque, aunque la Ley Hipotecaria de 1946, no recogía esta obligación, en el año 2009 se dicta el [R.D. 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero](#), que establece en su art. 10 la obligación de contar con un seguro de daños sobre un bien que tenga garantía hipotecaria.

Ahora bien, la norma matiza que los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del art. 6.1 del [Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados](#), con excepción del robo.

Es decir este seguro obligatorio de la vivienda debe tener cobertura, para:

- Incendio y elementos naturales. Incluye todo daño sufrido por los bienes causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales

distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

- Otros daños a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes causados por el granizo o la helada.

Añade además este artículo que la suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo. Por lo que el hecho de que coincidiera con el valor de la hipoteca, sería ilegal, curiosamente, y se demuestra que el interés del legislador es garantizar una posible pérdida patrimonial de las entidades prestamistas frente a la pérdida del objeto en si mismo, puesto que no se permite la opción de reparación del objeto siniestrado.

Y con respecto al resto del edificio en régimen de propiedad horizontal resulta que las contingencias difieren según la normativa de cada Comunidad Autónoma, así en el art. 24 de la [Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid](#) y en el art. 30 de la [Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana](#), se establecen que en ambas Comunidades, todo edificio deberá estar asegurado por los riesgos de incendio y daños a terceros.

En definitiva debe tenerse claro que es obligatorio, para:

EL EDIFICIO: el seguro de daños a terceros y de incendios según donde este situada la vivienda

LA VIVIENDA HIPOTECADA: un seguro que cubra los riesgos de incendio, explosión, tormenta, granizado o helada, y elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

Marta López Valverde
Directora de Sepín Responsabilidad Civil y Seguro. Abogada

¿Pueden sancionarme por pasar un semáforo en ámbar?

El art. 146.c) del [R.D 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación](#) para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, prevé lo siguiente: “Una luz amarilla no intermitente significa que los vehículos deben detenerse en las mismas condiciones que si se tratara de una luz roja fija, a no ser que, cuando se encienda, el vehículo se encuentre tan cerca del lugar de detención que no pueda detenerse antes del semáforo en condiciones de seguridad suficientes.”

Por tanto, la regla general es que si se rebasa un semáforo cuando está en ámbar, tendrá los mismos efectos que sobrepasarlo en rojo y, por tanto, se estará cometiendo la infracción grave del art. 65.4.k) de la [Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial](#), que lleva aparejada la sanción de 200 euros y la retirada de 4 puntos del permiso de circulación.

Sin embargo, el propio art. 146.c) del Reglamento establece una excepción, que se dará en el supuesto en el que el semáforo se pone en ámbar en el momento en el que el vehículo va a sobrepasarlo.

Una vez conocedores de lo establecido en la legislación, la pregunta que nos planteamos es: ¿Y cómo se acredita esto? La Administración resolvió este problema colocando cámaras en determinados semáforos (también llamado sistema de foto-rojo). El Ayuntamiento de Madrid desde 2009 ha venido utilizando este sistema de control con cámara en los semáforos de 15 intersecciones de la capital, lo que dio lugar a la imposición de una gran cantidad de sanciones y también a la interposición de bastantes recursos en vía administrativa, puesto que, como denunció en marzo de 2010 [Automovilistas Europeos Asociados](#) (AEA), se detectaron numerosos errores de sincronía entre las cámaras que captaban las supuestas infracciones y las fases del control semaforico, lo que dio lugar a la formulación de gran cantidad de denuncias por rebasar el semáforo en fase roja a automovilistas que lo sobrepasan en ámbar.

En cualquier caso, como ya hemos visto, sobrepasar el semáforo en ámbar es constitutivo de sanción si no se está demasiado cerca del semáforo cuando este cambia de luz. Aunque, si tenemos en cuenta la presunción de veracidad de la fotografía tomada por la cámara, ¿cómo va a acreditar el conductor que se encontraba demasiado cerca del semáforo cuando cambió de luz? ¿Llamando a testigos que pasasen por delante? Lo cierto es que va a ser difícil de acreditar dicha circunstancia, por lo que en vez de in dubio pro reo, podríamos estar hablando de in dubio pro “recaudator”. Y si a esta circunstancia sumamos que, una vez agotada la vía administrativa, **habrá que abonar tasas**, se hace difícilmente creíble que se acuda a un Juzgado para recurrir una multa de 200 euros si al interponer el recurso tendrá que abonarse la misma cantidad en concepto de tasas.

En conclusión, lo que esta circunstancia y otras parecidas generan es la inseguridad jurídica del ciudadano y su falta de protección en determinados casos.

Ignacio Bertolá Navarro
Documentación Jurídica de Sepín. Abogado

Circular sin pasar la ITV: ya no será necesario que nos paren para ser multados

La obligación de someterse a la ITV se contiene en el Reglamento General de Vehículos, [Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre](#) que señala en su artículo 10.1 “Los vehículos matriculados o puestos en circulación deberán someterse a inspección técnica en una de las Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos al efecto autorizadas por el órgano competente en materia de Industria en los casos y con la periodicidad, requisitos y excepciones que se establecen en la reglamentación que se recoge en el anexo I del reglamento.

La inspección técnica, una vez comprobada la identificación del vehículo, versará sobre las condiciones del vehículo relativas a seguridad vial, protección del medio ambiente, inscripciones reglamentarias, reformas y, en su caso, vigencia de los certificados para el transporte de mercancías peligrosas y perecederas”.

Ley de Seguridad Vial RD 339/1990 de 2 de marzo artículo 61.3 “Los vehículos a motor, los ciclomotores y los remolques de peso máximo superior al que reglamentariamente se determine, tendrán documentadas sus características técnicas esenciales en el certificado oficial correspondiente, en el que se harán constar las reformas que se autoricen y la verificación de su estado de servicio y mantenimiento en la forma que se disponga reglamentariamente”.

Además, el artículo 65 en su punto 4 establece como infracción grave “circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas....., así como las infracciones relativas a las normas que regulan la inspección técnica de los vehículo” Dicha infracción tiene una sanción económica de 200 euros.

El punto 5 II del artículo 65 de dicha Ley establece como infracción muy grave “circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas que afectan gravemente a la seguridad vial”. Dicha infracción tiene una sanción de 500 euros”.

La Inspección Técnica de Vehículos (ITV) está regulada en España fundamentalmente por el [Real Decreto 2042/1994, de 14 de octubre](#).

En el artículo 6 de dicho RD se establecían los vehículos que deben pasar inspección periódica, así como las frecuencias de inspección en función de su categoría, uso, servicio, dedicación, capacidad y masa máxima autorizada (MMA). Posteriormente el mismo fue modificado por el Real Decreto 711/2006, de 9 de junio, por el que se modifican determinados reales decretos relativos a la inspección técnica de vehículos (ITV) y a la homologación de vehículos, sus partes y piezas, y se modificaba, asimismo, el Reglamento General de Vehículos, aprobado por [Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre](#).

Así la inspección técnica periódica de los vehículos se hará con la siguiente frecuencia:

a) Motocicletas, vehículos de tres ruedas, cuadriciclos, quads, ciclomotores de tres ruedas y cuadriciclos ligeros.

Antigüedad:

Hasta cuatro años: exento.

De más de cuatro años: bienal.

b) Ciclomotores de dos ruedas.

Antigüedad:

Hasta tres años: exento.

De más de tres años: bienal.

c) Vehículos de uso privado dedicados al transporte de personas, excluidos los que figuran en los epígrafes a) y b), con capacidad hasta nueve plazas, incluido el conductor, autocaravanas y vehículos vivienda.

Antigüedad:

Hasta cuatro años: exento.

De más de cuatro años: bienal.

De más de diez años: anual.

d) Ambulancias y vehículos de servicio público dedicados al transporte de personas, incluido el transporte escolar, con o sin aparato taxímetro, con capacidad de hasta nueve plazas, incluido el conductor.

Antigüedad:

Hasta cinco años: anual.

De más de cinco años: Semestral.

e) Vehículos de servicio de alquiler con o sin conductor y de escuela de conductores, dedicados al transporte de personas con capacidad de hasta nueve plazas, incluido el conductor, incluyendo las motocicletas, vehículos de tres ruedas, cuadriciclos, quads, ciclomotores y cuadriciclos ligeros.

Antigüedad:

Hasta dos años: exento.

De dos a cinco años: anual.

De más de cinco años: semestral.

f) Vehículos dedicados al transporte de personas, incluido el transporte escolar y de menores, con capacidad para diez o más plazas, incluido el conductor.

Antigüedad:

Hasta cinco años: anual.

De más de cinco años: semestral.

g) Vehículos y conjuntos de vehículos dedicados al transporte de mercancías o cosas, de MMA $\leq 3,5$ Tm (masa máxima autorizada menor o igual a 3,5 Tm).

Antigüedad:

Hasta dos años: exento.

De dos a seis años: bienal.

De seis a diez años: anual.

De más de diez años: semestral.

h) Vehículos dedicados al transporte de mercancías o cosas, de MMA $> 3,5$ Tm.

Antigüedad:

Hasta diez años: anual.

De más de diez años: semestral.

i) Caravanas remolcadas de MMA > 750 kg.

Antigüedad:

Hasta seis años: exento.

De más de seis años: bienal.

j) Tractores agrícolas, maquinaria agrícola autopropulsada, remolques agrícolas y otros vehículos agrícolas especiales, excepto motocultores y máquinas equiparadas.

Antigüedad:

Hasta ocho años: exento.

De ocho a dieciséis años: bienal.

De más de dieciséis años: anual.

k) Vehículos especiales destinados a obras y servicios y maquinaria autopropulsada, con exclusión de aquellos cuya velocidad por construcción sea menor de 25 Km/h.

Antigüedad:

Hasta cuatro años: exento.

De cuatro a diez años: bienal.

De más de diez años: anual.

[La Dirección General de Tráfico](#) el pasado 26 de marzo realizó un muestreo de vigilancia y control de 40.000 vehículos. Se comprobaba si había o no pasado la ITV. Los datos fueron reveladores:

VEH. CONTROLADOS

40.000

CADUCADAS

2.227

DESFAVORABLES

172

DESFAVORABLE CADUCADA

62

NEGATIVA

1

Total sin ITV

2.462

Señala la DGT que de ese total de vehículos controlados, 2.462 (6,2%) no la habían pasado o circulaban con la revisión de la ITV con resultado desfavorable, es decir, que en el momento de monitorizarlos estaban inhabilitados para circular por las vías públicas, excepto para trasladarlo al taller para su reparación o para acudir a la estación ITV y someterse de nuevo a la comprobación de que se han subsanado los defectos que dieron lugar al resultado negativo.

A los titulares de esos vehículos se les mandara carta informativa:

- Si no han pasado la ITV se les informa de que si en los próximos días no consta en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico que dicho vehículo no ha superado la mencionada inspección, se procederá a denunciarle por la comisión de una infracción grave, con una sanción de 200 euros.
- En el caso de los vehículos detectados con la ITV desfavorable, se informa a sus titulares que si transcurridos dos meses desde el día que consta en el Registro de Vehículos el resultado desfavorable de dicha inspección no ha procedido a subsanar y volver a presentar dicho vehículo a revisión, la estación ITV correspondiente remitirá la documentación de su vehículo a la Jefatura Provincial de Tráfico proponiendo la baja de su vehículo y se le abrirá procedimiento sancionador por infracción muy grave, sancionado con una multa de 500 euros.

Pues bien la DGT tiene desde principios de año un sistema para perseguir a aquellos conductores que circulan sin haber pasado la ITV: el ITICI (Intercambio Telemático de la Inspección Técnica de Vehículos). A través del mismo se consigue detectar de forma automática si un vehículo ha superado la ITV o no. Este nuevo sistema está ya implantado en el 90 por ciento de los centros de Inspección Técnica de España y está en funcionamiento desde finales de enero de 2013.

Según datos de la [AECA-ITV](#), si tan sólo el 20% de los vehículos obligados

a pasar la ITV que han incumplido con su obligación hubieran sido más responsables, se podrían haber evitado más de 7.000 accidentes y, probablemente unas 110 muertes.

No nos extrañemos pues si requeridos mediante carta para pasar la misma se nos multa en caso de no hacerlo.

Miguel Guerra Pérez
Codirector de Sepín Tráfico. Abogado

Irregularidades para recurrir multas de radares por exceso de velocidad

La velocidad, sus límites y sobre todo las posibles sanciones son una de las grandes preocupaciones de los conductores. Muchas son las quejas de los ciudadanos y desde luego [no es un tema nuevo](#) en este Blog de SEPIN.

El punto de partida es por un lado el [cuadro de sanciones](#) y puntos por exceso de velocidad contenido en el Anexo IV de la [Ley 18/2009, de 23 de noviembre](#), por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora (SP/LEG/5755): Por otro lado, están los más de mil radares que nos vigilan, muchos de los cuales [pueden consultarse en la propia DGT](#) pero la mayoría no.

A los tradicionales radares fijos de pórtico, (colocados en pórticos y paneles de autovías y autopistas) o los de cabina (al borde de la calzada, en la mediana o, incluso, junto a paneles o pórticos -en el lado derecho de la carretera) o de poste hay que añadir los móviles que se pueden colocar en los vehículos, o los recientes radares de tramo, o el [popular helicóptero Pegasus](#). Recientemente además hemos leído que la DGT había comprado [otros 16 radares](#) y que se aprecia una potenciación de los radares móviles.

La multas nos caían de tierra, ahora del cielo y no descarten ustedes para un futuro próximo que también nos caigan del mar. Tiempo al tiempo.

Pero no es objeto de este post analizar o criticar la pertinencia o no de los radares, algo fuera de toda duda, sino poner de manifiesto cuales son los motivos por los cuales se puede invalidar una multa de tráfico impuesta por un radar.

Los motivos más frecuentes son:

1- Que la foto sea inválida.

2- Que el radar no haya pasado los pertinentes controles o que no respete el margen de error.

3- Que haya defectos en la notificación.

1.- Foto inválida

Es muy difícil hacer una casuística sobre fotos invalidas, pero fotos borrosas, que aparezcan más de dos vehículos que no se lea la matrícula, etc., podrían servir para atacar la resolución sancionadora.

2.- Radar no en regla o que no respeta los márgenes de error

Antaño era muy frecuente la alegación de este motivo.

Hoy en día es muy difícil ya que como señala la Sentencia del [TSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, 439/2011, de 7 de noviembre](#) (SP/SENT/673937) la Administración suele incorporar al expediente el certificado de conformidad de los distintos modelos utilizados de cinemómetro con todas sus especificaciones técnicas.

Sí es más polémico el tema del margen de error.

La organización de defensa de los conductores, Automovilistas Europeos Asociados (AEA), [en septiembre de este año denunció](#) que la Dirección General de Tráfico (DGT) aplicaba incorrectamente los márgenes de error de los radares que miden la velocidad de los vehículos en carretera, ya que, según advierten, la norma técnica utilizada por la DGT UNE 26444 para calcular los excesos y graduar las sanciones «quedó obsoleta en el año 2006».

La norma denunciada establece que el error medio tolerado en los radares fijos puede alcanzar un desfase de 3 kilómetros en la velocidad del vehículo, pudiéndose elevar a 7 en los radares móviles.

Desde la asociación, recordaron que dicha recomendación técnica fue sustituida por una norma de obligado cumplimiento en 2006 y se actualizó de nuevo en el año 2010, fijándose unos márgenes de error «superiores y más beneficiosos para los ciudadanos» -de 5 ó 7 km/h. según se trate de radar fijo o móvil en mediciones de hasta 100 km/h., o del 5% ó 7% si se trata de velocidades superiores-, que son «los que se deben aplicar en la actualidad en las verificaciones periódicas anuales obligatorias».

La Dirección General de Tráfico (DGT), rechazó los argumentos esgrimidos por la asociación y recordó que aplica los márgenes de los radares fijos o móviles en carretera por encima del 10 por ciento de la velocidad máxima permitida en cada caso, superiores a lo que estipula la ley y que se fijan siempre en favor de los conductores.

3.- Falta de notificación

Igualmente en las multas de radar es muy frecuente alegar la vulneración del artículo 76 del Real Decreto Legislativo 339/90, en relación al artículo 10.2 del Real Decreto 320/94, "falta de notificación personal al denunciado" aludiendo al carácter obligatorio de dicha notificación.

Esta alegación normalmente está abocada al fracaso pues el artículo 76 del Real Decreto Legislativo (redactado por el apartado siete del artículo único de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre), establece:

Artículo 76 Notificación de la denuncia

1. Las denuncias se notificarán en el acto al denunciado.
2. No obstante, la notificación podrá efectuarse en un momento posterior siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que la denuncia se formule en circunstancias en que la detención del vehículo pueda originar un riesgo para la circulación. En este caso, el Agente deberá indicar los motivos concretos que la impiden.
 - b) Que la denuncia se formule estando el vehículo estacionado, cuando el conductor no esté presente.
 - c) Que la autoridad sancionadora haya tenido conocimiento de los hechos a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo".

Sí es más frecuente encontrar en jurisprudencia la vulneración del artículo 77 sobre la forma de notificación de las denuncias.

Nos ha pasado a todos, no nos enteramos de la multa hasta que está abierta la vía de apremio.

Es decir la Administración no notifica la denuncia ni sanción personalmente y acaba en el Boletín Oficial correspondiente pero la Administración Tributaria sí notifica la sanción cuando ya está en vía de

apremio y poco se puede hacer dado los motivos de oposición tasados que tiene dicha vía.

Recientemente, en Madrid se ha conseguido la anulación de una serie de expedientes en los que la multa no se había notificado en el domicilio del infractor, pero al cabo del tiempo sí que le llegaba la reclamación de la deuda por parte de la Agencia Tributaria, por no haberla pagado. Estos casos se producen cuando la Administración envía la sanción directamente al domicilio que la DGT facilita como aquel en el que está registrado el vehículo, sin comprobar si ese es el domicilio actual del infractor.

Lo cierto es que la modificación del art. 77 en el año 2009 antes indicada permite la notificación o en la dirección electrónica vial o en el domicilio que le consta a tráfico y parece no tener en cuenta que el conductor puede haber cambiado de domicilio. Así dispone:

“1. Las Administraciones con competencias sancionadoras en materia de tráfico notificarán las denuncias que no se entreguen en el acto y las demás notificaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador en la Dirección Electrónica Vial.

En el caso de que el denunciado no la tuviese, la notificación se efectuará en el domicilio que expresamente hubiese indicado para el procedimiento, y en su defecto, en el domicilio que figure en los Registros de la Dirección General de Tráfico.

2. El sistema de notificación en la Dirección Electrónica Vial permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del denunciado del acto objeto de notificación, así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

Si existiendo constancia de la recepción de la notificación en la Dirección Electrónica Vial, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que aquélla ha sido rechazada, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. El rechazo se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite, continuándose el procedimiento.

3. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se anotará esta circunstancia en el expediente sancionador, junto con el día y la hora en que se intentó, y se practicará de nuevo dentro de los tres días siguientes. Si tampoco fuera posible la entrega, se dará por cumplido el trámite, procediéndose a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

Si estando el interesado en el domicilio rechazase la notificación, se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, teniéndose por efectuado el trámite y continuándose el procedimiento.

Si el resultado de la notificación es que el interesado es desconocido en el domicilio al cual se dirigió la misma, la Administración procederá a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA)".

Sin embargo, como ya se denunció, la Dirección General de Tráfico y ayuntamientos, como el de Madrid, utilizaron indebidamente el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA), en vigor desde el 24 de noviembre de 2010, para notificar expedientes sancionadores iniciados con anterioridad.

En muchas Resoluciones los TEAR consideraron que "la notificación regulada en el art. 77.3 de la ley sobre tráfico, en su redacción dada por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre (...) sólo procedía desde el 24 de noviembre de 2010 según la disposición final séptima de dicha ley", y dado que al tratarse de expedientes iniciados con anterioridad no consta que, después de dos intentos para notificar la resolución de un recurso de alzada en el domicilio del interesado, "se procediera a su publicación en el BOE ni a su exposición en el Tablón de Edictos del Ayuntamiento de su último domicilio (...) este Tribunal, entiende que la sanción no ha sido válidamente notificada".

Seguimos pues asistiendo a irregularidades en la notificación de las multas de tráfico y debería ponerse freno a las mismas.

Muchos afirman que Tráfico se sirve de la rebaja del 50% del importe de

la sanción que se aplica cuando se renuncia a formular alegaciones aceptando sin más la multa y que es acogida por muchos conductores como única solución o mal menor y de que acudir a la Justicia escasa vez resulta aconsejable y/o rentable ante el coste que comporta (contratar un Abogado y abonar la tasa) y su lentitud para realizar mal las notificaciones sabedor que el ciudadano no recurrirá.

Conclusión: Cada vez es más difícil encontrar resoluciones de Tribunales sobre la materia y se está quedando fuera de control judicial todo un sector del derecho administrativo sancionador: el de la circulación. Sin control judicial sin duda quedarán impunes los posibles abusos y mala aplicación de la Ley que realice la Administración.

Miguel Guerra Pérez
Codirector de Sepín Tráfico. Abogado

El interés del menor y las visitas y comunicaciones en casos de violencia doméstica

En las visitas, estancias y comunicaciones de los menores con sus progenitores, en caso de separación o divorcio de estos, prima ante todo el interés superior del menor. Así está regulado en el art. 9 de la [Convención de los Derechos del Niño](#), en la [Observación General N° 14 \(2013\)](#), del [Comité de los Derechos del Niño](#), sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, en el artículo 24.3 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), y en nuestra legislación en el art. 39.3 de la [Constitución española](#), el [Código Civil](#) en los arts. 94, 160 y 161, la [LO de Protección Jurídica del Menor](#) en su artículo 2.

Aún así, es inevitable que en los supuestos de violencia doméstica en el seno familiar, sean o no víctimas los menores, de alguna manera lo serán como testigos y a lo largo del proceso judicial o con los resultados que de todo ello se deriven. [La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#), en su artículo 66 prevé la posibilidad de suspender las visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes, de manera potestativa. ¿Cómo debemos interpretar esto?

Pese a que las opciones parecen ser pocas, en realidad la casuística de nuestros Juzgados y Tribunales es amplia, ya que atienden a cada caso concreto para dar la respuesta más adecuada.

En muchos supuestos en los que las visitas son beneficiosas para el menor, se llevarán a cabo en un Punto de Encuentro Familiar, bajo supervisión de profesionales ([AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 10-9-2012](#); [AP Pontevedra, Sec. 1.ª, 27-6-2012](#); [AP Madrid, Sec. 22.ª, 22-6-2012](#); [AP Valladolid, Sec. 1.ª, 16-5-2012](#); [AP Castellón, Sec. 2.ª, 13-1-2012](#), o sin supervisión, para que tengan lugar las entregas y recogidas ante la existencia de una orden de alejamiento entre los progenitores ([AP Barcelona, Sec. 12.ª, 3-4-2012](#); [AP Granada, Sec. 5.ª, 18-1-2012](#); [AP Barcelona, Sec. 12.ª, 30-5-2010](#)), o incluso con la intervención de un

tercero ([AP Barcelona, Sec. 12.ª, 21-9-2011](#)).

En el caso de reanudación del régimen de visitas, esto suele hacerse de forma progresiva y paulatina, de tal manera que la relación entre el progenitor alejado y el menor se rehabilite poco a poco hasta que el menor se sienta adaptado ([AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 24-5-2012](#); [AP Vizcaya, Sec. 4.ª, 6-2-2012](#); [AP Valencia, Sec. 10.ª, 17-9-2008](#)).

En ocasiones las comunicaciones y visitas permanecen igual que estaban, ya que se entiende que la violencia no se ha probado o no ha afectado al menor ([AP Girona, Sec. 1.ª, 2-2-2012](#); [AP León, Sec. 2.ª, 26-5-2011](#); [AP Barcelona, Sec. 12.ª, 29-5-2008](#)). O incluso después de que haya pasado un tiempo y se compruebe que las visitas son beneficiosas para el menor, pueden ampliarse de manera inmediata ([AP Alicante, Sec. 4.ª, 25-3-2010](#); [AP Asturias, Sec. 5.ª, 17-9-2009](#)) o de manera progresiva ([AP Valencia, Sec. 10.ª, 10-2-2011](#); [AP Barcelona, Sec. 12.ª, 3-2-2011](#); [AP La Rioja, Sec. 1.ª, 23-4-2010](#)).

En el [Informe de Save the Children: “Infancia y Justicia: una cuestión de Derechos”](#), en el apartado concreto sobre “Los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género”, se afirma que en la violencia de género no hay una sola víctima, y que los menores también lo son. En el mismo, hacen un llamamiento a las autoridades judiciales para valorar rigurosamente las circunstancias del menor en cada caso, y a evitar su revictimización a través del proceso judicial.

En cuanto a los niños y niñas en España, el Informe se preocupa de la carencia de un enfoque dentro del proceso adaptado a los menores, la falta de personal sensibilizado con ellos a la hora de tomar declaración u otras actuaciones, la falta de formación básica de los operadores judiciales y la desconfianza respecto del testimonio del niño o la niña.

Sí es cierto que en cuanto al proceso en sí, este puede mejorar respecto de la protección otorgada, debiendo cuestionarnos si esta es la que mejor atiende al interés de los menores, pero es difícil mejorar más en cuanto a la valoración de cada caso concreto, qué hacer en cuanto a las visitas y comunicaciones de un menor cuyos padres han vivido episodios de violencia doméstica. No podemos hablar de que exista una decisión perfecta ni más acertada que otra, sino de la decisión menos dolorosa, que siempre podrá ser modificada y revisada posteriormente en el caso de que se valore por los profesionales, el Juzgado o por los

mismos progenitores si la misma pone en peligro el interés de los menores. Este ha de ser el único criterio a considerar.

Ana Vidal Pérez de la Ossa
Documentación Jurídica de Sepín

Las nuevas tecnologías: una vía más para la violencia contra las mujeres

Las nuevas tecnologías han creado un espacio diferente, en el que han surgido nuevas formas de relacionarse y, como suele suceder, un nuevo espacio en el que delinquir. Muchas de esas nuevas formas de delincuencia hacen emerger un ancestral elemento machista que aquí encuentra su propicio caldo de cultivo, bajo el cobijo del anonimato, que de esta forma mete de lleno esas actividades virtuales en el campo de la violencia de género.

Así es; a través de Internet, mediante el correo electrónico o las redes sociales, whatsapp y otros programas de mensajería instantánea, se cometen diferentes conductas delictivas relacionadas con la desigualdad entre mujeres y hombres, las cuales pueden afectar a bienes jurídicos diferentes, por ejemplo:

- Relacionados con la libertad sexual, como el acoso sexual, la sextorsión o la pornografía infantil ([Auto del TS, Sala Segunda, de lo Penal, 26-9-2013](#), SP/AUTRJ/737132, en que un informático de profesión comparte vídeos pedófilos a través de eMule, o el [Auto del TS, Sala Segunda, de lo Penal, 7-2-2013](#), SP/AUTRJ/710093, en que se toma como válida y suficiente como prueba de cargo la cantidad de archivos de pornografía infantil que tenía el acusado en el ordenador).
- Contra el derecho a la intimidad, como la lectura de emails ajenos, mensajes de redes sociales o de telefonía móvil (como ocurre en el supuesto de la [SAP Madrid, Sec. 27.ª, 30-9-2011](#), SP/SENT/657370, en que se leen los mensajes de la expareja para saber si tiene una nueva relación), control de la localización de la persona por GPS.
- Contra la propia imagen o el honor, cuando se comparten vídeos o fotografías íntimas, que pueden ser reales o manipuladas (por ejemplo, [SAP Asturias, Sec. 2.ª, 23-9-2013](#), SP/SENT/735007, sobre la difusión de fotos de contenido sexual sin el consentimiento de la mujer que aparecía en ellas, o la [SAP Lleida, Sec. 1.ª, 64/2012, 2-3-2012](#), SP/SENT/672048, en que se captan imágenes de la víctima en el servicio

público de una estación de tren).

- Contra la integridad moral, cuando son vejaciones a través de redes sociales (por ejemplo [AP Pontevedra, Vigo, Sec. 5.ª, 21-2-2013, SP/SENT/715746](#), en que se realizan vejaciones mediante la inserción de mensajes sobre la víctima en una web erótica, para perjudicarla).

- Y contra la Administración de Justicia porque también se violan las medidas o penas de prohibición de comunicación, a través del envío de mensajes, mails, whatsapp (por ejemplo, [SAP Cuenca, Sec. 1.ª, 29 -1-2013, SP/SENT/710952](#), en que el acusado llama a la víctima, pero incumpliendo la prohibición de comunicación; la [SAP Valencia, Sec. 1.ª, 8-3-2012, SP/SENT/681828](#), en que se vulnera la prohibición de comunicación por el reenvío de un mail, o la [SAP Baleares, Sec. 1.ª, 16-2-2012, SP/SENT/668298](#), en que se acredita el quebrantamiento con el aviso de llegada de un mail del condenado a la víctima), etc.

Como apuntábamos más arriba, estas conductas encuentran en estas nuevas plataformas de comunicación virtual una herramienta idónea para aflorar esa violencia machista, favorecidas por el anonimato, escondidas bajo un perfil falso, y que conllevan la dificultad de rastrear su IP para dar con la persona infractora, cuando es una, y que además se extiende rápidamente y terminan siendo muchos los infractores, todo lo cual supone una mayor dificultad de cara a su imputación.

En ocasiones suponen una prolongación y agravación de conductas que ya se venían llevando a cabo en la vida real, fuera del mundo virtual.

Esas nuevas conductas delictivas relacionadas con la violencia de género cometidas a través de las nuevas tecnologías, cuentan ya con sus respectivas denominaciones específicas, para las que se acude al uso de anglicismos como:

- Ciberbullying: Uso de información electrónica y medios de comunicación y websites difamatorios para acosar, vejar, humillar, etc. Puede aglutinar varios delitos como: amenazas, coacciones, injurias, o calumnias o con otras formas de acoso sí reguladas, como el acoso sexual.

- Stalking: Persecución ininterrumpida e intrusiva a un sujeto con el que se pretende restablecer un contacto personal contra su voluntad, sirviéndose para ello de las nuevas tecnologías.

- Sextorsión: Utilización de vídeos o imágenes pornográficas para extorsionar a la víctima.

También las nuevas tecnologías son un medio para enaltecer el odio misógino, que suponen una conducta de violencia verbal, pero que tiene tintes aún peores en la virtualidad.

Quizá convendría hacer hincapié en la forma en que el machismo se mantiene con el uso de las nuevas tecnologías entre la juventud. Dado el largo tiempo en que se viene trabajando en una educación basada en la igualdad, el comportamiento entre los jóvenes frente al uso que hacen de las nuevas tecnologías no refleja este esfuerzo. En varios estudios llevados a cabo con jóvenes, se muestra que muchas mujeres han sido sometidas a un fuerte control en el seno de la pareja, en situaciones tales como el control de con quién se comunican, quiénes son sus amigos en las redes sociales, control de su mensajería, obligarlas a eliminar contactos de los que sus parejas se sienten celosos, etc. Y es muy importante que las jóvenes a las que les ocurra esto sepan que se está vulnerando un derecho fundamental de la persona, que es el derecho a la intimidad, y que esos actos no están hechos con amor sino con violencia, porque los celos y la posesión de las personas son una forma de violencia tan importante de erradicar como la violencia física, y que además, puede desembocar en esta.

Pero no todo es negativo, gracias a las nuevas tecnologías también se han creado plataformas de ayuda a las víctimas, de apoyo a algunas mujeres que han sufrido algún tipo de acoso en línea.

Frente a todo esto hay aún una falta de adecuación legislativa. Poco a poco va desarrollándose una conciencia de los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías pero aún no tienen perspectiva de género y eso hace que la impunidad aún sea mayor, o que el castigo no sea el adecuado.

En todo caso, es más importante encaminar las políticas y estrategias hacia la prevención y la educación. Las soluciones que pueden encontrarse para combatir la violencia contra las mujeres podrían pasar por restringir o controlar la libertad de acceso de las mujeres a las nuevas tecnologías. Por tanto, es preferible y recomendable que tanto las personas usuarias de las nuevas tecnologías como los agentes implicados trabajen en la perspectiva de género, que se eduque a las

mujeres para estar protegidas frente a la posible violencia. Que conozcan qué comportamientos ponen en riesgo su seguridad y cómo prevenir y detener la violencia. Y que la educación para la juventud implique también la forma de relacionarse a través de las nuevas tecnologías, respetando los derechos fundamentales de todas las personas.

Somos conscientes de que la violencia a través de las nuevas tecnologías no es exclusiva de hombres hacia mujeres, que la violación de los derechos a la libertad, a la libertad sexual, a la integridad moral, a la intimidad, al honor y a la propia imagen, así como en otro tipo de delitos y faltas en que se ejerce aquella violencia pueden darse también fuera del contexto del hombre hacia la mujer; sin embargo, y dadas las estadísticas, hemos considerado relevante tratar aquí el problema de la ciberdelincuencia desde esta perspectiva de género.

Ana Vidal Pérez de la Ossa
Documentación Jurídica de Sepín

Créditos

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o cualquier soporte sin consentimiento expreso del propietario del copyright.

© Editorial Jurídica sepín, S. L., 2014

C/ Mahón, 8

28290 Las Rozas (Madrid)

Tels.: 902 33 88 00 • 91 352 75 51

www.sepin.es

sac@sepin.es

Distribución gratuita