



## INDICE

|   |          |
|---|----------|
| <b>Civil</b>  | <b>3</b> |
| Albert Jané   |          |
| El Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario  | 3        |
| <b>Administratiu</b>  | <b>6</b> |
| Juan Irala  |          |
| Comentario al ATS, Sala 3ª, de 17 de julio de 2017 (rec. 1271/2017). Criterios generales respecto a la tramitación preferente cuando se prepara, simultáneamente, el recurso de casación estatal y autonómico contra la misma sentencia | 6        |
| Iván Rodríguez  |          |
| Sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15) Servicio de puesta en contacto con conductores no profesionales (Uber) como transporte  | 8        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Laboral</b>   | <b>10</b> |
| Javier Aranda  |           |
| ¿Puede la Empresa reclamar dinero al trabajador? El cobro de salarios indebidos  | 10        |
| Mireia Crusells  |           |
| Los permisos laborales   | 12        |
| <b>Penal</b>   | <b>15</b> |
| Adolf Bas  |           |
| La validez del reconocimiento en rueda como prueba de cargo valida y la testifical policial de referencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 2017. | 15        |
| <b>Concursal</b>   | <b>18</b> |
| Oriol Espar  |           |
| Las últimas Sentencias del TS, de 27 de octubre y de 1 de diciembre de 2017 sobre las presunciones de culpabilidad del art. 165.1 de la LC.                        | 18        |
| <b>Sobre la Butlleta d'Actualitat Jurídica - GAJ Barcelona</b>   | <b>21</b> |



**Civil**

**Albert Jané**

**El Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario**

El Consejo de Ministros ha aprobado, en fecha 3 de noviembre de 2017, la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Crédito Hipotecario. Esta nueva normativa será supondrá la transposición de la Directiva UE 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, (BOE 28 febr 2014) sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. Como no podía ser de otra manera esta transposición se ha procedido con un amplio retraso siendo, recordamos, de aplicación directa la mencionada Directiva Europea no transpuesta desde el momento en que incumple dicho plazo.

Respecto a su ámbito de aplicación, cabe destacar que será aplicable a Préstamos hipotecarios y créditos hipotecarios concedidos a personas FÍSICAS (parece excluir las jurídicas), sobre un inmueble de uso residencial (parece que cualquiera sea su fin no solo para financiarlo) o bien para financiar la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir.

Se excluyen, de su ámbito de aplicación, las hipotecas Inversas (“de pensión”); préstamos al personal/trabajadores; los gratuitos; para financiar descubiertos a reembolsar en menos de un mes; los acordados ante un órgano jurisdiccional o arbitral; y los de refinanciación de deudas preexistentes, salvo que recaigan sobre un inmueble de uso residencial.

Existen claras novedades también respecto a la formalización de los mencionados préstamos/créditos hipotecarios:

1. La documentación debe haber sido entregada al prestatario con 7 días (naturales) de antelación.
2. Dentro de los citados 7 días (y como máximo el día anterior al de la firma) el prestatario deberá comparecer ante el notario elegido, que verificará la documentación y hará constar su cumplimiento en un acta notarial previa.
3. Si no se cumple alguno de estos requisitos y plazos, no podrá autorizarse la escritura de préstamo.
4. En la escritura de préstamo se insertará una reseña identificativa del acta, expresando el número de protocolo, fecha, notario autorizante y la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto.
5. También se modifica (Disp. Final 1ª) el art 258-2 LH por lo que “el registrador de la propiedad denegará la inscripción de



aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”

6. Notarios y registradores de la propiedad entregarán o remitirán telemáticamente al prestatario sin coste, respectivamente, la copia simple de la escritura (incluida, en su caso, la nota de despacho) y la nota simple literal de la inscripción.

Asimismo, las principales novedades de fondo del mencionado Proyecto de Ley, no mencionadas anteriormente, son las siguientes:

### **Conversión de Préstamos en Moneda Extranjera.**

Esta regulación respecto a los préstamos en moneda extranjera trae causa de los casos de hipoteca multidivisa que ha creado graves problemas y perjuicios a algunos consumidores. Así, el Proyecto de Ley introduce:

(a) el derecho de conversión a otra moneda para prestatarios consumidores.

(b) la posibilidad de establecer contractualmente otro sistema de cobertura del riesgo de cambio para prestatarios no consumidores.

### **Reembolso Anticipado de la Hipoteca (Amortización Anticipada)**

La norma general es que el prestamista no pueda cobrar ninguna comisión por la amortización anticipada del préstamo. Sin embargo, sí podrá realizarlo en los siguientes supuestos:

1. en el caso de préstamos a tipo variable, podrá pactarse una de estas dos opciones:
  - a. Durante los primeros 3 años de vigencia del contrato: máximo 0,5% del capital reembolsado anticipadamente.
  - b. Durante los primeros 5 años: máximo 0,25% del capital reembolsado anticipadamente.
2. en el caso de préstamos a tipo fijo:
  - a. Durante los 10 primeros años: máximo 4% del capital reembolsado anticipadamente.
  - b. Posteriormente: máximo de 3%

### **Ventas Vinculadas / Combinadas.**

Las ventas vinculadas serían aquellas que están impuestas y las combinadas aquellas que se pueden realizar conjuntamente.

El Proyecto de Ley prohíbe las ventas vinculadas (que incluyen obligatoriamente otros productos) y habilita al Banco de



España para autorizar excepciones mediante circular.

Respecto a las ventas combinadas, se obliga a la entidad de crédito prestamista a presentar dos presupuestos, uno en el que se incluyan los productos combinados y otra sin los mismos.

- Se establece un periodo de 7 días en los que el prestatario deberá acudir al notario para recibir asesoramiento gratuito.
- Control reforzado por parte de notarios y registradores que no permitirán contratos que incluyan cláusulas que hayan sido declaradas abusivas por los tribunales.

### **Vencimiento Anticipado**

El proyecto de Ley dispone dos momentos distintos:

- a. Durante el transcurso de la primera mitad de vida del préstamo, el vencimiento anticipado se producirá tras el impago de mensualidades que conjuntamente superen el 2% del capital concedido o de 9 cuotas mensuales.
- b. Durante la segunda mitad de la vida del préstamo, se producirá tras el impago equivalente a mensualidades que superen el 4% del capital concedido o de 12 cuotas mensuales

### **Transparencia Formal y Material.**

Para progresar y ahondar en estos conceptos, el Proyecto de Ley dispone que deberá:

- Confeccionarse una ficha con cláusulas especialmente sensibles.

### **Incentivos para la Conversión del Tipo Variable al Tipo Fijo**

Para ello se favorece la novación del préstamo y la subrogación del acreedor estableciendo, en este tipo de casos, una comisión menor que en el caso del reembolso anticipado. En concreto, las comisiones máximas serán:

- Del 0,25% del capital reembolsado anticipadamente si se produce durante los 3 primeros años de vigencia del contrato (vs. 0,5% si no hay conversión a tipo fijo).
- Del 0% si se produce con posterioridad (vs. 0,25% el cuarto y quinto año si no hay conversión a tipo fijo).

### **Intereses de Demora**

El Art 23 y la Disp. Final 1ª, que modifica el Art 114-3 LH, delimitan el máximo intereses demora, ahora solo para el caso de hipotecas por personas físicas sobre un inmueble de uso residencial, al triple



del interés legal del dinero y sólo sobre el principal pendiente sin que puedan ser capitalizados (salvo en caso art 579.2.a) LEC).

La aprobación del Proyecto de Ley y su promulgación como Ley supondrá un nuevo marco regulatorio para muchas de las actividades que las entidades financieras venían prestando y un cambio en las prácticas que venían desarrollando en aras a la protección del consumidor.



## Administratiu

**Juan Irala**

### **Comentario al ATS, Sala 3ª, de 17 de julio de 2017 (rec. 1271/2017). Criterios generales respecto a la tramitación preferente cuando se prepara, simultáneamente, el recurso de casación estatal y autonómico contra la misma sentencia**

El 22 de julio de 2016 entró en vigor el nuevo régimen del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa, un modelo casacional que pivota sobre la existencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia<sup>1</sup>.

El conocimiento y resolución del recurso se reconoce a dos órganos jurisdiccionales diferentes – Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas – en función del titular de la normativa que se invoca como vulnerada.

Así pues, contra una misma sentencia, cabe la interposición simultánea de dos

<sup>1</sup> Este nuevo régimen obedece a la reforma de la sección 3ª del Capítulo III del Título IV, integrada por los artículos 86 a 93 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

recursos de casación, uno, ante el Tribunal Supremo por infracción de normativa comunitaria o estatal y, otro, ante el respectivo Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, por infracción de normativa autonómica.

Esta circunstancia planteaba dudas en cuanto a la compatibilidad de sendos recursos y, especialmente, respecto a su tramitación simultánea o la necesidad de una tramitación preferente de alguno de los recursos.

Mediante Auto de fecha 17 de julio de 2017 (rec. 1271/2017) la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez sobre esta cuestión.

#### **1. La normativa permite la preparación simultánea o sucesiva de ambos recursos. Se descarta implícitamente la tramitación simultánea.**

El Tribunal Supremo reconoce que la ley no impide la preparación simultánea o sucesiva de ambos recursos de casación, siempre que se haga dentro de los plazos legamente establecidos. Admitida la compatibilidad, el Tribunal Supremo no valora que pueda existir una tramitación simultánea sino que sienta una doctrina general sobre cuál de ellos se debe tramitar preferentemente. Por lo tanto, el Tribunal Supremo descarta implícitamente la tramitación sucesiva.

En definitiva, en este punto es relevante la distinción entre una preparación simultánea del recurso y la tramitación simultánea de los recursos de casación. Parece lógico descartar la tramitación simultánea en aras de evitar

pronunciamientos contradictorios en los distintos recursos.

**2. La relación entre las infracciones invocadas y la pretensión ejercitada como criterio determinante para decidir la tramitación preferente.**

El Tribunal Supremo se decanta, como criterio general, por la relación entre infracciones invocadas y pretensión ejercitada – principales o subsidiarias – para establecer la preferencia de uno u otro recurso.

En este sentido, si la infracción de la normativa estatal o comunitaria invocada está referida a la pretensión principal y, en consecuencia, la decisión que pudiera adoptarse por el Tribunal Supremo condiciona el resultado del litigio de la instancia, deberá concederse preferencia al recurso de casación estatal y dejar en suspenso la admisión del recurso de casación autonómico hasta que exista un pronunciamiento firme del Tribunal Supremo. De lo contrario, existiría el riesgo de poder incurrir en sentencias contradictorias.

En cambio, si las infracciones que motivan el recurso ante el Tribunal Supremo no condicionan el resultado del recurso de casación autonómico por estar referidas a pretensiones subsidiarias planteadas en la instancia, será preferente la tramitación del recurso autonómico y se suspenderá la tramitación del recurso estatal.

En definitiva, la suspensión de uno u otro dependerá de cada caso concreto.

**3. Será carga del recurrente el indicar su pretensión concreta respecto a la tramitación preferente; y competencia del juzgado o tribunal de instancia el resolver dicha suspensión.**

Añade el Tribunal Supremo que deberá ser el recurrente quien indique en su escrito de preparación cuál es su pretensión concreta respecto a la preferente tramitación de uno u otro recurso, siendo competencia del juzgado o tribunal de instancia –quién dictó la resolución recurrida– quien resuelva qué recurso debe quedar suspendido.

Por último, en el supuesto de que el juzgado o tribunal de instancia tenga por no preparado o cuando deje en suspenso el recurso de casación estatal, se podrá recurrir en queja ante el Tribunal Supremo que será finalmente quien decida sobre la preferente tramitación de los recursos entablado.

---

**Iván Rodríguez**

**El servicio de puesta en contacto con conductores no profesionales prestado por Uber está comprendido en los servicios del ámbito de los transportes según el TJUE, Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15)**

El 20 de diciembre de 2017 se ha publicado la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\)](#) mediante la cual se ha dictaminado que los servicios ofrecidos por Uber de puesta en contacto con conductores no profesionales están comprendidos en el ámbito del servicio de transportes y, en consecuencia, le resulta de aplicación el régimen jurídico de autorizaciones y licencias previsto por los Estados miembros.

**Antecedentes**

Dicha cuestión prejudicial, tal y como se comentó en el [núm. 6 de este Boletín de Actualidad Jurídica a la luz de las conclusiones del Abogado General](#), fue planteada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona en el marco de un litigio entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.

La Asociación Profesional Élite Taxi de Barcelona interpuso una demanda contra la empresa Uber, concretamente contra el

servicio Uber-Pop, por vulneración de la normativa en materia de transporte de viajeros y competencia desleal por entender que carecían de las preceptivas licencias de conductores que exige la normativa para el transporte urbano y los taxistas.

Básicamente la cuestión sometida a juicio del Tribunal de Justicia era si se debía considerar que los servicios de Uber estaban comprendidos dentro de los conocidos como “servicios de la sociedad de la información”, que se benefician de un principio de libre prestación y no les resulta exigible autorización alguna (art. 56 TFUE, Directiva 98/34/CE y Directiva 2000/31), o si por el contrario deben considerarse servicios de transporte, con el sometimiento al régimen jurídico correspondiente a dicha actividad (exigencia de habilitación administrativa).

**Pronunciamiento del Tribunal de Justicia**

La Sentencia parte de considerar que, en principio, el servicio de intermediación y puesta en contacto entre un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo y un pasajero urbano que pretende desplazarse es un servicio distinto al de transporte, que encuentra encaje en la calificación del servicio de la sociedad de la información (considerando 34).

Sin perjuicio de lo anterior, el TJUE considera que los servicios prestados por Uber son una excepción y su actividad, como mínimo el servicio de Uberpop, debe comprenderse en el ámbito del servicio de transporte (considerando 37).



El Tribunal de Justicia declara que ha de considerarse que un servicio de intermediación como el de Uber-Pop, que tiene por objeto poner en contacto, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte, y, por lo tanto, ha de calificarse de “servicio en el ámbito de los transportes”.

Se estima que Uber no presta únicamente servicios de intermediación entre conductores, sino que va más allá. Tal y como apreció el Abogado General en sus conclusiones, el Tribunal entiende que Uber crea al mismo tiempo una oferta de servicio de transporte urbano, la cual hace accesible mediante herramientas informáticas, y cuyo funcionamiento general organiza y controla (considerando 38).

Asimismo, entiende el Tribunal que Uber ejerce una influencia decisiva, en primer lugar proporcionando una aplicación indispensable sin la cual ni conductores ni usuarios podrían prestar ni acceder al servicio respectivamente.

Se considera que Uber ejerce una “influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores” al establecer un precio máximo por el transporte y ejercer un control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, llegando incluso a poder determinar su exclusión (considerando 39).

En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que el servicio de intermediación de Uber resulta accesorio y está integrado dentro de un servicio global cuya actividad principal es la de transporte, circunstancia que comporta que no se pueda calificar como “servicio de la sociedad de la información” y que quede sujeta al régimen jurídico, que cada Estado miembro establezca, para el servicio de transportes (autorizaciones o licencias).

### **Interés casacional objetivo en la economía colaborativa**

El debate tiene una enorme trascendencia jurídica, prueba de ello es que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha apreciado que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre este tema, concretamente en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales, y la posible consideración como un servicio de transporte.

Actualmente constan admitidos dos recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Catalunya por sanciones a Uber (anuladas por los Juzgados de lo contencioso administrativo de Barcelona), donde el fondo del asunto es la determinación de la actividad realizada [[Autos, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2017 \(rec. 313/2016\)](#) y de 8 de mayo de 2017, (rec. 1277/2017)].





**Laboral**

**Javier Aranda**

**¿Puede la Empresa reclamar dinero al trabajador? El cobro de salarios indebidos**

Nuestro artículo se centrará en las reclamaciones que puede efectuar la empresa al trabajador en caso de duplicidad de ingresos, o cuando se detectan errores en la confección de la nómina, consistentes en abonar un salario superior al trabajador. Estas situaciones se producen (esporádicamente), en casos de modificaciones la jornada del trabajador, que por cuestiones administrativas no se aplican o trasladan a la nómina, con el resultado que el trabajador, durante un determinado lapso de tiempo, sigue ingresando más de lo que legalmente le corresponde.

Nos referimos a supuestos en que la realidad del error es reconocido -al menos extrajudicialmente- por ambas partes en los que muchas veces el trabajador ha gastado el dinero o entiende que no procede devolverlo al ser un "error" de la empresa, o alega no tener capacidad económica para realizarlo.

**¿Puede la empresa reclamar al trabajador en caso de error?**

Sí, de igual manera que la empresa puede adeudar salarios e indemnizaciones al trabajador, y este puede acudir a la jurisdicción social para su reclamación, se ha de tener en cuenta que el contrato de trabajo no deja de ser, precisamente, un contrato con prestaciones y obligaciones para cada una de las partes, motivo por el cual también el trabajador está sujeto a sus predicciones, es decir, debe recibir lo convenido por el trabajo que desempeña, ni más ni menos.

Por tanto, como en cualquier contrato, el trabajador está sujeto u obligado a la restitución de lo indebidamente cobrado (artículo 1895 del Código Civil). Dicho artículo tiene dos presupuestos:

1. La entrega de la cosa o cantidad indebida.
2. Hacerla por error.

Se ha de tener en cuenta que, con carácter general, en base al artículo 1901 CC, se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió.

Todo ello enlaza con la doctrina del enriquecimiento injusto basada en el aumento del patrimonio del trabajador y la disminución del de la empresa, sin que exista causa o motivo.

Es importante reseñar que esta doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del trabajador, sino que es suficiente el hecho



de haber obtenido una ganancia indebida, lo que

### **El supuesto del finiquito negativo.**

Este supuesto, muy habitual y similar al anterior, se produce frecuentemente cuando el trabajador causa baja en la empresa y no ha procedido a dar el preaviso legalmente establecido a la empresa, lo que origina una penalización en favor de la mercantil. Ese descuento salarial, por ejemplo, si el trabajador ya ha disfrutado todo el mes de vacaciones, y tiene las pagas extraordinarias prorrateadas, se materializa en un finiquito negativo.

Es habitual que el trabajador entienda que no debe adeudar o abonar nada a la empresa, pues no concibe tal deuda.

Lo cierto es que la empresa sí puede reclamarle (otra cosa es que normalmente son cantidades bajas y no se haga), y la justificación o presupuesto es el mismo que en apartado anterior, que el trabajador no puede lucrarse de mayor salario que el acordado, y lógicamente debe responder con su patrimonio de las deudas generadas por aplicación de la normativa.

### **¿Puede ser motivo de despido?**

Otra disyuntiva habitual es si el hecho de no devolver el dinero, o cobrar el dinero advirtiendo su irregularidad, y no decir nada, puede ser causa de despido. Lo cierto es que Sí constituye, en principio, causa de despido basado en la transgresión de la buena fe contractual

regulada en el artículo 54.2.d) como infracción disciplinaria:

“d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.”

En estos casos los resultados respecto a la improcedencia o procedencia del mismo son dispares, en función de las circunstancias en particular, pero destacaremos dos supuestos de procedencia (es decir despido correcto y sin indemnización:

1. Trabajador que cobró el doble del salario durante 1 año, y cuando la empresa pidió un reintegro, le propuso hacerlo en seis mensualidades. Sin embargo, dado que el afectado rechazó esa propuesta (pretendía una devolución en 25 meses) la empresa finalmente procedió al despido. Sentencia del TSJ de Murcia de 29 de Marzo de 2017.
2. Trabajador cobrando durante más de dos años cuando la empresa le requiere para devolver el exceso, se niega. Sentencia del TSJ de Catalunya de 29 de Septiembre de 2004.

---

**Mireia Crusells**

## Los permisos laborales

No son pocos los clientes que nos preguntan sobre qué descansos y permisos les corresponden en base a nuestra legislación laboral.

Existen diversos Convenios Colectivos de aplicación según el sector o la empresa en la que trabajemos donde se establece la organización de la relación laboral. Sin embargo, todo Convenio debe respetar los mínimos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), pudiendo mejorar las condiciones pero en ningún caso disminuirlas.

Sucede lo mismo con la normativa europea, que establece unos mínimos a respetar por parte del empleador. En consecuencia, los Estados miembros pueden introducir condiciones más favorables para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o favorecer la aplicación de convenios colectivos o de acuerdos celebrados entre agentes sociales que sean más beneficiosos.

¿Cuántos días seguidos podemos trabajar?

El art. 37 (ET), establece que todos los trabajadores tienen derecho a un día y medio de descanso por cada siete días trabajados. Sin embargo, estos descansos pueden disfrutarse dentro de un plazo de catorce días, es decir,

podríamos trabajar un miércoles y no volver a librar hasta once días después ((o doce si los medios días los consideramos separados, lo que no haría una jornada completa pero sí la obligación de acudir al trabajo).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en 2017 ha dictaminado que un trabajador puede trabajar hasta doce días consecutivos, siempre que se cumplan las disposiciones mínimas de la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003, esto es siempre y cuando se respeten los descansos mínimos diarios, de 11 horas, y semanales, de 24 horas, las cuales no tienen por qué concederse forzosamente al séptimo día.

Conclusión: Pueden exigirnos trabajar hasta 12 días seguidos, sin perjuicio de las mejoras que establezca el Convenio Colectivo que nos sea de aplicación.

¿Puedo solicitar ausentarme del trabajo?  
Existen determinados casos, en los que previo aviso y justificación, podemos ausentarnos del trabajo, con derecho a remuneración (regulados en el art. 37.3 ET, excepto en los que se indica lo contrario)

- a) 15 días naturales en caso de matrimonio.
- b) 2 días (o 4 días si se necesita desplazamiento al efecto) por:

Nacimiento de hijo/a  
Fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta



segundo grado de consanguinidad o afinidad (padres o hijos propios o de nuestro cónyuge, abuelos o hermanos propios o del cónyuge o nietos propios)

c) 1 día por traslado del domicilio habitual.

d) El tiempo necesario para cumplir con los deberes inexcusables de carácter público y personal, como el ejercicio de sufragio activo o jurado. Además, en algunas ocasiones, el convenio del sector también incluye la renovación de DNI, la obtención del carné de manipulador de alimentos y la asistencia a juicio como testigo o confesante.

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

f) El tiempo indispensable para poder practicar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban hacerse dentro de la jornada laboral.

g) 1 hora de ausencia:

Nacimiento y adopción para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses.

En el caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

h) 6 horas semanales para buscar empleo en caso de despido objetivo. (Art. 53.2 ET)

f) 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, para los trabajadores que lleven como mínimo 1 año en la empresa (art. 23.3 ET)

¿Existe algún permiso en las elecciones al Parlament de Catalunya del próximo 21 de diciembre?

Los electores disponemos de un permiso de un máximo de 4 horas dentro de la jornada laboral para ir a votar. El tiempo de permiso difiere en función de la coincidencia de horas entre la jornada laboral y el horario de votación en los Colegios electorales.

Si la coincidencia es:

Menor a 2 horas: No existe permiso.

Mayor a 2 horas y menor a 4: Permiso de dos horas.

Mayor a 4 horas: Permiso de 4 horas  
Estos permisos deben ser retribuidos y no recuperables.

¿Y si soy miembro de la mesa electoral o interventor?

Nos deben conceder un permiso completo el día de las elecciones además de un permiso para el día siguiente de 5 horas (durante las primeras de la jornada laboral).

¿Puedo solicitar una reducción de jornada?



En determinadas ocasiones podemos solicitar una reducción de jornada para conciliar nuestra vida familiar y laboral, sin olvidar que ello conlleva también una reducción de salario:

30 minutos de reducción para la lactancia de un menor hasta que este cumpla nueve meses, a raíz de nacimiento o adopción.(art. 37.4 ET)

Para el cuidado por guarda legal de un menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria. (art. 37.6 ET)

Trabajadores considerados de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho. (art. 37.8 ET)

El empresario podrá reducir la jornada de sus empleados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. (art. 47 ET)



**Penal**

**Adolf Bas**

**La validez del reconocimiento en rueda como prueba de cargo valida y la testifical policial de referencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 2017.**

La sentencia analizada, nace del recurso de casación planteado contra la sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, causa nº 30/11, en la que el acusado, Ramón Cecilio, fue condenado como autor de los delitos de detención ilegal, en concurso real con un delito de lesiones, concurriendo en ambos la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, y en el segundo la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas: a) por el primero, a la de dos años y seis meses de prisión y b) por el segundo, a la de cuatro meses de prisión.

El resumen de los hechos probados declara que, Ramón Cecilio junto con otros acusados, obligó a la víctima mediante el uso de una pistola a introducirse en el vehículo, atándole de pies y manos para así trasladarle a 40km de la localidad de residencia de la víctima. Durante el trayecto le golpearon de forma reiterada en el rostro, abandonándole finalmente en una zona descampada

donde fue hallado por la policía. El acusado, Ramón Cecilio, fue identificado por la víctima mediante una rueda de reconocimiento practicada mediante videoconferencia desde el centro penitenciario.

El principal motivo de casación fue la vulneración del precepto constitucional, artículo 24.2 CE, relativo al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, conforme los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim. El motivo principal argumenta que, la condena de Ramón Cecilio, se fundamenta en una rueda de reconocimiento, en la que la víctima identificó al acusado, practicada a través de videoconferencia en el centro penitenciario junto con otros dos acusados, más de un año después de haber sucedido los hechos, cuando en el acto del juicio oral el testigo-víctima no fue preguntado por esta diligencia de reconocimiento en rueda, ni se solicitó que intentara reconocer a sus agresores entre las personas presentes en la Sala.

Antes de entrar a valorar la procedencia de las alegaciones formuladas por el acusado en el recurso y, dado que las mismas tienen incidencia en la validez de las pruebas practicadas durante el acto del juicio oral, la Sala enumera la ya conocida doctrina del Tribunal constitucional STC de 18 de junio de 2001 reflejada en las sentencias de la Sala SSTS 882/ 2008 de 17 diciembre y 158/2014 de 12 marzo, considerando auténticas pruebas, que vinculen al tribunal para dictar sentencia, aquellas practicadas en el acto del juicio oral, y no las diligencias sumariales con mero carácter de averiguación del delito y



fijación de los hechos que deberán ser valoradas y sometidas a debate en el acto del juicio oral.

Realizada esta lógica apreciación, como previa para el pronunciamiento estimatorio del motivo de casación planteado, la Sala entra de lleno en la valoración de la principal argumentación del recurso, esto es, la falta de validez del reconocimiento en rueda realizado por el testigo-víctima, durante la fase sumarial, por no haber sido el mismo ni tan siquiera interrogado durante el juicio oral sobre dicho reconocimiento (ratificación), o incluso haberse planteado o propuesto la posibilidad de identificar a sus presuntos agresores en la misma sala el día del Juicio Oral (reconocimiento en sala). De igual modo, y advertida tal circunstancia por la acusación particular y el Ministerio Fiscal, se intentó hacer valer, como testifical de referencia para la confirmación y preservación de la rueda de reconocimiento, la declaración del agente instructor que presenció el reconocimiento realizado por el testigo-víctima, el cual reconoció que el mismo identificó plenamente a sus agresores durante la diligencia de reconocimiento sumarial.

En resumen, y no de forma exclusiva y excluyente, la Sala argumenta en el siguiente sentido para la estimación del recurso:

- El reconocimiento sumarial en rueda, debe ser expresamente ratificado por el testigo en sala o bien debe ser el acusado directamente reconocido por el testigo, de lo contrario la diligencia

de investigación no podrá ser valorada como una prueba auténtica para el pronunciamiento del Tribunal. La diligencia de reconocimiento debe ser reproducida en el acto del juicio oral mediante la ratificación de la misma.

- El reconocimiento sumarial en rueda, no puede considerarse como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible.
- Es del todo inaceptable y, totalmente inadmisibles, acudir al testigo de referencia cuando las acusaciones y el Tribunal sentenciador tienen a su disposición la palabra del testigo directo.

Relevante es destacar, *a sensu contrario*, que tal y como el Tribunal Constitucional ya ha apreciado en alguna ocasión, el reconocimiento personal del acusado por parte de la víctima durante las sesiones del juicio oral, puede subsanar las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores llegando incluso, dicho reconocimiento en sala, a ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Debo expresar las dudas que el reconocimiento en sala me suscita, ya que sus condiciones no son las óptimas para un reconocimiento fiable al 100%; La posición del acusado y del testigo-víctima, durante el juicio oral, puede generar en quien reconoce la

evidencia de acertar seguro, una especie de presunción de culpabilidad de quien no es operador del derecho penal o, al menos, la duda razonable de que la persona que se encuentra allí sentada sea su agresor, alejándose lógicamente de la necesaria presunción de inocencia que debe respetarse durante todo el proceso de enjuiciamiento.

Finalmente, y para cerrar el comentario de la sentencia, dejar apuntada una situación para la reflexión sobre el reconocimiento sumarial en rueda y su posterior ratificación en juicio; Si el testigo-víctima ratificara inicialmente durante el juicio oral la diligencia de reconocimiento pero, y posteriormente y de forma espontánea, manifestara no reconocer al acusado como la persona que le agredió, ¿cómo afectaría dicha circunstancia a la consolidación del reconocimiento sumarial ratificado en el acto del juicio oral? ¿Cómo incidiría ello sobre la fuerza de convicción al Tribunal respecto a los hechos enjuiciados?

## Concursal

**Oriol Espar**

### **Las últimas Sentencias del TS, de 27 de octubre y de 1 de diciembre de 2017 sobre las presunciones de culpabilidad del art. 165.1 de la LC.**

#### **Introducción**

Durante el último trimestre de 2017, el Tribunal Supremo nos ha dejado dos sentencias (SSTS de la Sala 1ª, núms. 583, de 27 de octubre de 2017 y 656, de 1 de diciembre de 2017) que delimitan el alcance de las presunciones de culpabilidad en el concurso que establece el artículo 165.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

#### **El 165.1 LC**

El artículo 165.1 de la LC, continuador del antiguo artículo 889 del Código de Comercio, (que regulaba las quiebras culpables), se sitúa dentro de las disposiciones generales relativas al título sobre la calificación del concurso. A diferencia las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad que se fijan en el artículo 164.2 LC (conductas que el legislador considera más denostables), este artículo implica que “pese a la concurrencia del supuesto de hecho, no siempre el concurso será calificado como culpable

sino que al deudor le está permitido demostrar su inocencia o inculpabilidad”<sup>2</sup>.

En líneas generales, el artículo 165.1 de la LC establece una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum*, cada vez que “el deudor o (...) sus representantes legales, administradores o liquidadores

(1) incumplan el deber de solicitar concurso,

(2) incumplan el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no faciliten la información, no asistan a la Junta de Acreedores cuando sea determinante para la adopción del convenio o

(3) no formulen cuentas anuales, no auditar las cuentas o no presentarlas al Registro Mercantil en los últimos tres ejercicios”.

Este artículo impone deberes positivos al concursado o a sus representantes, según corresponda, con lo que “los efectos represivos de la insolvencia se atenúan, reduciéndolos únicamente a los que funcional e instrumentalmente son necesarios para la efectiva consecución de los fines que persigue el concurso”<sup>3</sup>. Es decir, quien esté al mando de la sociedad en cada momento deberá comportarse de

<sup>2</sup> ROSENDE VILLAR, CECILIA. *Comentarios a la Ley Concursal (Tomo II)*. Aranzadi, 2009.

<sup>3</sup> COLINA GAREA, RAFAEL. *Algunos deberes que el deudor tiene a su cargo como consecuencia de la declaración de concurso*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 14/2009.



forma contraria a las conductas que se enumeran.

Las Sentencias del Supremo han venido a completar una discrepancia en la estructura de imputación respecto de estas conductas del artículo 165.1 de la LC que se inició en las Audiencias Provinciales; unas consideraban que sólo podía apreciarse la culpabilidad cuando la conducta hubiera originado o agravado el estado de insolvencia, lo que obligaba a probar la relación de causalidad entre la omisión y la generación o agravación de la insolvencia” (entre otras, SSAP de Madrid de 17 de 24 de septiembre de 2007, 5 de febrero de 2008 y 17 de marzo de 2009, entre otras) y no creían necesario probar la incidencia “en la generación o agravación de la insolvencia” ya que merecían “por su mera realización”, la calificación culpable, “especialmente la segunda conducta de incumplimiento del deber de colaboración” (por todas, SSAP de Barcelona de 16 de 3 y de 16 de septiembre de 2008).

### **La STS 583/2017, de 27 de octubre**

En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso del artículo 165.1.1.LC, esta Sentencia considera que el razonamiento de la Audiencia, que había apreciado retraso en la presentación del concurso (discutido en casación), es correcto (FJ 32, entre otros).

A partir de aquí, reitera y remarca que “el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso

traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia” (SSTS 492/2015, de 17 de septiembre, y 269/2016, de 22 de abril), lo que no se lleva a cabo.

Adicionalmente, la Sentencia bendice una condena por el 100% del déficit concursal de la sociedad (~ EUR 16 MM) que parece superar el importe de las irregularidades contables detectadas (~ EUR 4,5 MM), porque “la gravedad de las infracciones contables puede dar lugar a una condena como la ahora impugnada, del 100% del déficit concursal” (FJ 36) con lo que se confirma que, en el momento de fijar el importe de la condena, no sólo se tendrá en cuenta el importe de las irregularidades sino la gravedad de las mismas.

A mayor abundamiento, la Sentencia debate (FJ 42) sobre quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación y qué ámbito temporal es el que les afecta, sentando que “las conductas susceptibles de calificación culpable no se limitan a las realizadas dentro de los dos años anteriores a la calificación”, debate ajeno al artículo 165 LC. No obstante, el Tribunal precisa que “las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso” como “el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas, en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios”, por lo que, en lo que afecta al actual artículo 165.1.3 LC,



estaríamos ante una conducta afectada por una limitación temporal

### **La STS 656/2017, de 1 de diciembre**

Esta Sentencia precisa el ámbito del actual artículo 165.1.2 LC y el caso presenta matices distintos, pues en este caso la administración de la concursada se negó a “facilitar datos, a firmar órdenes de pago y a colaborar en cualquier tarea de intervención del administrador concursal”, a partir de lo cual, el Tribunal Supremo razona que el “incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal y (...) la negativa a facilitarles la información necesaria o conveniente para el interés del concurso)” permiten presumir “que el afectado por la calificación del concurso como culpable (en este caso, al ser un concurso de persona física, el propio concursado) incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa que agravó su insolvencia, en el sentido de perjudicar una solución concursal favorable a los intereses de los acreedores”.

El administrador de la sociedad concursada argumentaba que la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal debían probar en qué medida la conducta llevada cabo había contribuido a agravar, argumento que no acoge el Tribunal Supremo aduciendo que “la presunción *iuris tantum* se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada”.

### **Conclusión**

Estas Sentencias delimitan el ámbito de la calificación que, como vemos, estaba falto de precisión en algunos extremos, suscitando -como es natural dada la gravedad de las consecuencias para quienes puedan ser condenados en Sentencia y la posibilidad de alegar prueba en contrario que permiten las presunciones *iuris tantum*- una alta litigiosidad. A su vez, nos recuerda los elevados estándares que se fijan para quienes dirigen una sociedad, especialmente cuando esta se halla en concurso.

