

# abogacía

n° 2/ junio 2009



TIRANT LO BLANCH



icamalaga.es

NOVEDADES DOCTRINALES  
SECCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA  
SECCIÓN DE PROCESAL  
SECCIÓN DE URBANISMO  
SECCIÓN DE GESTIÓN DE DESPACHOS  
SECCIÓN DE DERECHO LABORAL  
SECCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL  
SECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS  
SECCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES  
SECCIÓN DE DERECHO PENAL  
NOVEDADES JURISPRUDENCIALES  
NOVEDADES LEGISLATIVAS  
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

# abogacía

n° 2/ junio 2009

Publicación cuatrimestral

## Índice

### NOVEDADES DOCTRINALES

<b>SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA</b>	
– Otorgamiento de testamento en situación de crisis familiar. Nombramiento de tutores. Constitución de fideicomiso de residuo, <i>por Pablo Gutiérrez-Alviz y Conradi</i> .....	7
– Secuestro internacional de menores: Convenio de La Haya, <i>por Silvia Giménez-Salinas I Colomer</i> .....	17
<b>SECCIÓN DE PROCESAL</b>	
– El recurso de apelación y la segunda instancia, <i>por Antonio Alcalá Navarro</i> .....	41
– El sistema de recursos en el ámbito civil. Especial referencia al recurso de reposición y de queja, <i>por Jordi Nieva Fenoll</i> .....	53
<b>SECCIÓN DE URBANISMO</b>	
– Los instrumentos de planeamiento en vigor y en trámite. Procedimiento y contenido. Análisis de los convenios de planeamiento, <i>por Daniel Fernández Navarro</i> .....	75
<b>SECCIÓN DE GESTIÓN DE DESPACHOS</b>	
– Marketing jurídico. Cómo ser una referencia en el mercado, <i>por Francesc Domínguez</i> .....	93
– Responsabilidad social empresarial en despachos de abogados: una respuesta a las nuevas exigencias de la sociedad, <i>por José Joya Roldán</i> .....	97
<b>SECCIÓN DE DERECHO LABORAL</b>	
– Estudio de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las relaciones laborales, <i>por Gonzalo Moliner Tamborero</i> .....	105
<b>SECCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	
– Responsabilidad civil de abogados en el ejercicio de su actividad, <i>por Gonzalo Iturmendi Morales</i> .....	145
<b>SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL</b>	
– Cuestiones actuales de la responsabilidad de los administradores sociales, <i>por Jesús Alfaro Águila-Real</i> .....	203

– Los efectos del concurso sobre los contratos mercantiles y civiles: apuntes prácticos, <i>por Enrique Sanjuán y Muñoz</i> .....	223
<b>SECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS</b>	
– Incumplimientos de los contratos de compraventa, <i>por Emilio Palacios Muñoz</i> .....	243
<b>SECCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALS</b>	
– Prevención de blanqueo de capitales y abogacía. Imputación objetiva, <i>por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles</i> .....	257
<b>SECCIÓN DE DERECHO PENAL</b>	
– Las imprudencias en materia de tráfico. Figuras delictivas. Problemas concursales, <i>por Francisco Javier Torres Martínez</i> .....	289
– Los delitos contra la seguridad del tráfico. Especial referencia al delito de conducción temeraria. Seguridad vial. Procesos. Responsabilidad civil, <i>por Luis Moreno Jiménez</i> .....	303
<b>NOVEDADES JURISPRUDENCIALES</b> .....	345
<b>NOVEDADES LEGISLATIVAS</b> .....	385
<b>NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	389

© TIRANT LO BLANCH  
 EDITA: TIRANT LO BLANCH  
 C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
 TELFS.: 96/361 00 48 - 50  
 FAX: 96/369 41 51  
 Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
 Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
 DEPOSITO LEGAL:  
 IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L.  
 MAQUETA: PMc Media

# sección derecho de familia



Otorgamiento de testamento  
en situaciones de crisis familiar.  
Nombramiento de tutores, constitución  
de fideicomiso de residuo, etc.

**Pablo Gutiérrez-Alviz y Conradi**  
Notario de Sevilla

Mis primeras palabras las dirijo al Colegio de Abogados de Málaga, por su amable invitación a pronunciar esta conferencia. Por supuesto, también les agradezco expresamente a todos ustedes su asistencia.

Sin perjuicio de que en el programa de este Congreso han titulado mi intervención como: *otorgamiento de testamento en situaciones de crisis familiar: nombramiento de tutores, constitución de fideicomiso de residuo y otras figuras afines*; prefiero, si ustedes me lo permiten, centrar esta charla en un estudio jurídico y sociológico sobre la legítima en el Derecho Común, proponiendo su reforma y si quieren jugando con el doble sentido de las palabras, afirmar que la “legítima no es intocable”, como definitivo título de mi ponencia.

Por tanto, ya que estamos entre compañeros, dejaremos para el coloquio, la posibilidad de abordar todas las variantes de testamento que permite la Legislación vigente, ante la muy variada tipología de las “familias españolas” que van desde el soltero con o sin hijos, menores de edad e incapaces, hasta longevos viudos abandonados a su suerte en geriátricos, pasando por todo tipo de uniones hetero u homosexuales, en mera relación fáctica o legalizadas en matrimonio o en parejas de hecho, con hijos de distinta procedencia (familias mixtas) y, después de segundas y posteriores nupcias, haciendo hincapié en su distinto régimen económico matrimonial y la situación financiera del testador y la fiscalidad de la herencia del empresario.

También cabría hablar de los casos de filiación por inseminación artificial.

En consecuencia, retomo el tema principal y me ratifico en que “La legítima no es intocable”.

Un castizo, sabiendo y con cierta sorna, podría decir que la legítima es intocable. Un aventajado estudiante de cuarto curso de la carrera de Derecho lo corregiría con orgullo, afirmando que la legítima resulta intangible, tanto cualitativa como cuantitativamente. Y un jurista, con más de veinte años de ejercicio profesional en territorio de Derecho Común, concluiría esa amistosa disputa, de una forma tajante: hasta la legítima corta es larga y, a efectos prácticos, sólo genera problemas familiares.

Y es que el sistema legitimario del Derecho Común, salvo contadas reformas, permanece inalterado desde la promulgación del Código Civil en 1889. Es decir, desde el punto de vista legislativo la legítima parece realmente intocable<sup>1</sup>.

La realidad social española del siglo XXI es completamente distinta a la del siglo XIX, especialmente, en términos de longevidad y por sus muy variados tipos de familia.

La esperanza de vida en España se ha duplicado en los últimos cien años. Es decir, que cuando se publicó el Código Civil, la gente se moría con menos de cincuenta años y ahora no resulta raro encontrar nonagenarios en las esquelas mortuorias. Y esta evolución o este panorama demográfico, afecta directamente a la composición y a la formación de las familias

<sup>1</sup> La afirmación que la legítima no es intocable se refiere a que debe ser modificada y no al puro concepto de la intangibilidad de la misma en cuanto a que no puede ser gravada ni sujeta a condición ni sustitución de ninguna especie, salvo las excepciones legales correspondientes. La reforma más importante del Código Civil en materia de legítimas sería la de 13 de Mayo de 1981 (Ley 11/81 de 13 de Mayo) en la que se fijaron las legítimas y los herederos forzosos con el nuevo régimen de las filiaciones. Sin perjuicio de los pequeños retoques de la Ley 7 de 1 de Abril y la Ley 41 de 18 de Noviembre, ambas de 2003, en las que, respectivamente, en la primera, se estableció el pago de legítima respecto de la Empresa familiar y por la última, la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta, por sustitución fideicomisaria en cuanto a los incapaces.

y, por tanto, al sistema educativo, al mercado de la vivienda y a las necesidades sanitarias de la población, no solo en su cantidad, sino también en el tipo de patologías a considerar, Y, por supuesto, al régimen sucesorio.

La familia española sufrió un cambio radical a partir de la aprobación y publicación de la Ley por la que se modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio (de 7 de julio de 1981). En 1982, se contabilizaron 38.908 rupturas matrimoniales (entre separaciones y divorcios). En 2007, la cifra alcanzó 137.510, algo menos de los 145.919 que se computaron en el 2006.

En la actualidad, en un 10% de los matrimonios que se celebran en España, al menos uno de los cónyuges es divorciado. Y eso que muchos de los que vuelven a convivir maritalmente prefieren la unión de hecho antes que formalizar un segundo matrimonio. Algunos expertos aseguran que en el año 2020 lo más frecuente serán parejas que convivan unidas (en matrimonio o de hecho) con hijos de varias relaciones anteriores. En la última década, el número de madres solteras se ha multiplicado por diez y, hoy día, la tasa de nacimiento de este grupo de madres solteras adultas ronda el veinte por ciento.

Hemos pasado de la saga tribal a la familia monoparental. En el tránsito, ha quedado por el camino la clásica familia nuclear conyugal, que ha derivado en una creciente diversificación de fórmulas alternativas de convivencia como son los hogares unipersonales. Esta nueva tipología presenta muchas variantes de familias: madres solteras, progenitores viudos, padres / madres separados, divorciados o adoptivos.

En esta línea, dos últimos apuntes, que tienen un ámbito meramente sociológico: la progresiva veteranía del progenitor, tanto varón como hembra, casi un 79% entre 31 y 50 años; y las nuevas uniones matrimoniales o de hecho homosexuales, que suponen un nuevo punto de vista respecto a los regímenes económicos-matrimoniales y a los legitimarios.

En todo este batiburrillo de nueva clasificación de familias no es extraño encontrar el llamado “síndrome de alienación parental”, es decir, el rechazo a un progenitor que el otro fomenta en el hijo común.

Todo lo dicho anteriormente incide en la legítima. Y por más que se hable de una supuesta realidad y normalidad en las relaciones, siempre queda un ámbito de resentimiento o trauma hacia la pareja anterior o a los hijos de la pareja que influyen directamente en el testamento.

Curiosamente en otros ámbitos gozamos de una legislación muy avanzada. La nueva redacción de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (de 26 de mayo de 2006) abunda en la posibilidad de que el marido pueda prestar su consentimiento en documento (escritura pública, testamento u otros documentos específicos) para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer<sup>2</sup>.

Una novedad se introduce en su artículo 7.3 para el caso de una mujer que estuviere casada con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación (matrimonial) respecto del nacido.

<sup>2</sup> El artículo 9 de esta Ley indica que tal generación producirá los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial aunque el consentimiento para la aplicación de esta técnica podrá ser revocado en cualquier momento. El varón no unido por vínculo matrimonial también podrá hacer uso de esta posibilidad y el documento servirá como título para iniciar el expediente en el Registro Civil

Ni que decir tiene que cabría imaginar una escena de contenido cómico (o dramático) en la que se podría parodiar el principio de la lectura de una partición al estilo cinematográfico: se encuentran reunidos los hijos cuarentones del difunto con la viuda veinteañera de su padre que, de pronto, saca de una neverita una probeta conteniendo una escasa muestra de semen congelado y, a continuación, amenaza a todos con la posibilidad de inseminarse si no se avienen a determinados arreglos económicos<sup>3</sup>.

Por otra parte conviene hacer hincapié en que el prototipo de cliente que acudirá a las notarías españolas para hacer testamento será una persona muy mayor que mostrará su sorpresa al ver limitada la libertad de testar por la legítima (larga en el Derecho Común, dos tercios) en favor de unos descendientes que, en muchos casos, serán sesentones y con los que apenas tiene trato.

Algún autor ha dicho que ser padre es un acto de generosidad y que, por tanto, el afecto y no la Ley debe ser el que dicte el destino de los bienes del fallecido.

Recientemente, en concreto, desde el uno de agosto pasado, rige en España y, por tanto se encuentra vigente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluida la Ley Orgánica 1/2008 de Ratificación del Tratado de Lisboa. Y en el artículo 17.1, declara "Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos."

Este precepto debería conducir a una reforma de las legítimas en el Derecho Común que, como veremos a continuación, se encuentra completamente superada.

La legítima, como es bien sabido, supone una porción de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador al estar reservada a un grupo de personas que se llaman legítimos. En principio, son los descendientes y, a falta de estos, los ascendientes y en ambos casos, si sobrevive, también es legítima la viuda o el viudo.

Supone una restricción a la libertad de testar y conviene, aunque sea someramente, reseñar sus antecedentes históricos, prescindiendo de otros aspectos técnicos de la legítima que exceden de la finalidad de este artículo<sup>4</sup>.

En el Derecho Romano no existía como tal. Había libertad absoluta a la hora de testar.

<sup>3</sup> Quizá conviene reiterar que no estamos en casos de ciencia-ficción y que habrá que andarse con cuidado. Cabe esta posibilidad del bebé probeta a inseminar en el plazo de un año, es decir, que podría aparecer en escena dentro de los veintidós meses siguientes a la muerte del testador (el año más los nueve meses de gestación). Como broma del destino, piénsese que la inseminada podría reforzar su buena esperanza con un adicional tratamiento de fertilidad que traería, tras un feliz parto múltiple, más legítimos para el reparto de la herencia ante la desolación general de todos los primitivos herederos forzosos.

<sup>4</sup> Respecto de la naturaleza (y los antecedentes históricos) de la legítima, como indica Lacruz Berdejo en su Derecho de Sucesiones, Edición 1981, Pág. 426 y siguientes, todas las exposiciones teóricas tienen un error inicial y es el de abordar el problema legítimo, tratando de resolverlo mediante una solución única, decidiendo entre antitesis tajantes... el arrastre histórico y el talante transaccional de los preceptos del Código, han dado lugar a un tejido de deberes, posibilidades, recursos y remedios diversos, en persecución de la última finalidad de garantizar en algún modo al pariente o cónyuge la percepción de una (parte) alícuota de bienes o valores a costa del patrimonio del causante... como una titularidad condicional sobre el caudal... en suma... la llamada "herencia forzosa" como un derecho a percibir por cualquier título una cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor y, en cierta medida "a ser mencionado en el testamento...". El autor indica que "no se ve como pueda negársele (al legítimo) la titularidad de un verdadero derecho subjetivo nacido en el momento de fallecer el causante".

Formalmente se limitó esta libertad obligándose al testador a citar a sus familiares para ratificarles esa condición de herederos, o bien, para justificar la omisión y no quedara como un mero olvido o preterición.

La filosofía griega, según nos dice Lacruz, introdujo la costumbre del "officium pietatis" por el que el testador estaba moralmente obligado a dejar a sus familiares una parte de sus bienes. Pero como no estaba legalmente establecido, los Tribunales, para anular los testamentos que no respetaban el orden legítimo, acudían a la ficción de entender o tachar al testador de demente, pues sólo un loco podía perjudicar a su familia. Tampoco existía una lista legal de herederos con derecho a legítima. Al parecer en tiempo de Ulpiano se consideraban legítimos a los descendientes, ascendientes y hermanos. La cuantía se fijó en un cuarto y Justiniano la elevó a un tercio si eran cuatro o menos hijos y a la mitad si fueran más de cuatro hijos.

Por tanto, en el Derecho Romano, la legítima era una restricción a la libertad de testar.

Por contra, en los Derechos germánicos el principio es el opuesto: Todo era legítima o reserva a favor de la familia. Se decía "el heredero nace no se hace" o bien "solo Dios puede hacer heredero y no el hombre". Existe un concepto previo de comunidad familiar indisponible cuyo patrimonio solo es gestionado por el padre.

Paradójicamente, la Iglesia alteró este sistema de carencia de libertad de testar. Al ser todo legítima, los fieles no podían disponer mortis causa de los bienes en favor de la misma. En esta línea, los creyentes fueron aleccionados a que, si en vida la limosna redimía de ayunos y abstinencias, los legados testamentarios a favor de la Iglesia, podrían aligerar la entrada en el cielo. Es decir, consiguieron introducir la costumbre que no todo fuera legítima para los familiares, sino que hubiera una "propia portio" que permitiera al testador disponer "pro anima" para la Iglesia.

Se incitaba al testador para que hiciera u ordenara mandas pías y legados a favor del alma. Esta porción libre de origen religioso, terminó siendo el tercio de libre disposición.

El Derecho visigodo introdujo la institución de la mejora, que es la parte de la legítima, libremente disponible, pero solo entre los legítimos. En aquella época, la legítima era cuatro quintas partes.

La justificación de la legítima se ha llegado a cuestionar en el Medioevo, a la luz de si participa en las fuentes del Derecho natural: lo justo atendiendo a la naturaleza de la cosa en si misma considerada.

En puridad, la legítima parece un corolario del deber de la obligación alimenticia. El abad Panormitano objetó, que la legítima solo sería deuda de alimentos para el hijo o descendiente que siendo menor de edad, queda sin padre. O sea, sería como protección del menor de edad desvalido por la muerte prematura del padre. Los demás hijos, ya alimentados y educados, no tendrían derecho a la legítima.

Si recapitulamos sobre lo dicho, parece existir una pugna entre la libérrima voluntad del testador y una serie de consideraciones sociales y éticas en relación con el deber ser del padre de familia ejemplar. ¿Existen abusos de los padres testando contra los hijos? ¿Por qué los hijos tienen que reservar una legítima a los padres?

Para un completo estudio sobre las legítimas, antecedentes, naturaleza, contenido y efectos, véase "Panorama del derecho de sucesiones, tomo 1, fundamentos de J. Vallet de Goytisolo, Editorial Civitas, Madrid, 1982, Pág. 450 y siguientes.

Con la esperanza de vida actual, es difícil entender, cómo un padre puede estar obligado a dejar por legítima un tercio estricto o a repartir dos tercios a unos hijos, cuando algunos o todos los hijos, son jubilados y, como ya apuntamos, carecen de trato familiar.

Este hijo, digamos, prejubilado de 58 años, ¿tiene el derecho intocable e intangible a la legítima? ¿Acaso no ha sido formado, alimentado y más que tutelado?

A la inversa, el solterón de 60 años, tras una vida disoluta o trabajadora, al no tener hijos ¿tiene que respetar la legítima a un padre de 90 años? ¿Es lógica la legítima en favor de los padres, que es de una mitad de la herencia?

La evolución histórica que nos lleva a la actual legítima demuestra que responde a una economía familiar primitiva y medieval. Queda como un satélite de la condición de familia o concepto de núcleo familiar: de la rural y agraria, a la urbana, industrial y del sector servicios y encima mediatizada por el impuesto de sucesiones que corresponda.

Si tomamos la autoridad paterna como indiscutible, con plena capacidad de obrar, juzgador de la situación de los hijos, a los que ha educado debidamente y como creador de su propio patrimonio, debemos optar por la libertad de testar.

Si adoptamos el criterio tribal de que la herencia es continuación de la unidad familiar, donde el padre de familia es un caprichoso, vengador, y que su voluntad es instigadora de pleitos por las desigualdades que establezca, se tendrá que defender el sistema de las legítimas a ultranza.

En mi opinión, con la independencia económica de la mujer, la emancipación y la formación de los hijos, la escasa, por extraña, economía familiar, donde la clase media es profesional o trabajadora y dependiente, estimo que no tiene sentido la legítima. Salvo un padre desnaturalizado, lo normal, es favorecer a los hijos y si los distingue o atribuye la herencia a otra persona, sus "legítimas razones tendrá". La ahora de moda "empresa familiar" como motor de la economía, también se lleva mal con la legítima, pues puede obligar a vender o trocear un próspero negocio y destruir puestos de trabajo aunque el Art. 1.056 del C.C. reformado lo haya dulcificado<sup>5</sup>.

Un culto pero orgulloso padre llegó a exigirme una dura redacción de testamento. Decía algo así como: "Instituyo como herederos a mis dos hijos X e Y, porque no puedo desheredarlos formalmente, aunque ellos saben que no se lo merecen. Ni me atienden, ni se preocupan por mí desde hace quince años". Y es que las causas de desheredación o privación de la legítima son tan extremas y difíciles de probar (además de vergonzantes) que muchos testadores prefieren su ocultación.

<sup>5</sup> El artículo 1.056 fue modificado atinadamente para poder satisfacer la legítima en metálico en los casos de que el testador en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, podrá usar de la facultad concedida en este artículo disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. Redacción procedente de la Ley 7/2003 de 1 de Abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

La legítima se ha convertido, en cierta manera, en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor<sup>6</sup>. Y esto es intrínsecamente injusto, beneficia al hijo apático e indolente<sup>7</sup>.

También hay que desmitificar el caso del hombre mayor y la joven segunda mujer<sup>8</sup>. Muchas horas de despacho y observación me llevan a creer que depende de la situación económica y el cambio de mentalidad o rechazo cultural.

En la actualidad, empiezan a ser frecuentes los matrimonios de mujeres maduras y chicos jóvenes.

Mi escepticismo sobre la bondad de la legítima se confirma, cuando en el extranjero y en los demás derechos civiles especiales o forales de España, tienen distintas legítimas en cuantía, concepción y destinatarios<sup>9</sup>.

Una buena muestra de adaptación del sistema legitimario a la realidad social, la representa la Ley 2/2006, de 14 de Junio de Derecho Civil de Galicia<sup>10</sup>, y en concreto su Capítulo V, que abarca desde el artículo 238 al 266 ambos inclusive.

<sup>6</sup> En ocasiones el carácter de legitimario parece recordar el concepto de "legitimista", es decir, el partidario de una dinastía que cree tener un derecho por llamamiento legítimo para "reinar" por el mero hecho de ser hijo.

En un artículo que publiqué en el Diario de Sevilla, el 14 de Mayo de 2004, apuntaba que, desaparecida la infamante categoría de los hijos ilegítimos, por el hecho de haber nacido de una pareja que al tiempo de su concepción no podía contraer matrimonio, podría establecerse un nuevo concepto de hijo ilegítimo que sería el que tiene un comportamiento violento con sus padres y ascendientes. De tal manera que una legítima tan amplia con estrictas causas de desheredación que entrañan pruebas demoníacas, terminan beneficiando a los nuevos y violentos hijos "ilegítimos". Puede verse en mi libro "Cañiño, quítate la corbata", Editorial Ingrasa, Sevilla, 2006, página 155.

<sup>7</sup> Mi preocupación por las injusticias del sistema legitimario del Código Civil en relación con los nuevos tipos de familia española arranca por escrito del 18 de Diciembre de 1999 cuando publiqué en el Diario de Cádiz, el artículo "Antiguo y Nuevo Testamento", que versaba sobre los numerosos testamentos otorgados por Alberti y sus no tan peculiares circunstancias familiares.

<sup>8</sup> En este sentido también puede verse mi conferencia "El testamento del longevo" publicada en los anales del Excmo. Ateneo de Cádiz, Clausura Curso 2001-2002, en el que trazo las líneas paralelas vitales, literarias y testamentarias entre Rafael Alberti y Camilo José Cela.

<sup>9</sup> Como ejemplos totalmente alejados de nuestra legítima de Derecho Común, cabe citar la Ley 267 de la Compilación Foral Navarra que es de una mera atribución normal a cada heredero forzoso de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Solo son legitimarios los hijos y descendientes. En el Derecho Alemán la cuantía de la cuota legitimaria depende de la cuantía a su vez de la cuota hereditaria legal de los otros herederos forzosos que concurren a la sucesión. Véase Pág., 58 de "El derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán" Anne Röthel. Editorial Bosch 2008.

<sup>10</sup> No me corresponde analizar si la Ley aprobada por el Parlamento de Galicia es una mera conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles propios de aquella Comunidad Autónoma conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución Española. A tal efecto conviene recordar que una primera Ley Gallega en materia sucesoria de 24 de Mayo de 1995, en su artículo 146 establece que "son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código Civil en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos establece dicho cuerpo legal". En consecuencia, de la citada Ley a la que ahora comentamos se produce mas que una modernización, sería una total creación o innovación de un Derecho Civil Gallego.

En todo caso, está vigente, lo ampara su Estatuto de Autonomía y el espíritu creativo del famoso Congreso de juriconsultos de Zaragoza. Es, desde luego, un derecho sensible y adaptado a la realidad social aunque no responda a ninguna peculiaridad gallega y menos a ningún origen "consuetudinario", que lo distinguía escasamente del Derecho Común.

Conviene ponderar las novedades que contempla, por si pudiera ser seguidas en una futura reforma del Código Civil Español.

De entrada, solo resultan legítimarios los hijos y descendientes (de hijos premuertos justamente desheredados o indignos) y el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho. De manera novedosa elimina del carácter legítimario a los padres o ascendientes<sup>11</sup>.

La cuantía de la legítima de los hijos y descendientes se limita a una cuarta parte del valor del haber hereditario líquido. En consecuencia se reduce y limita la legítima desde los dos tercios a una sola cuarta parte de la herencia. Se mantiene el carácter intangible de la legítima, conforme al artículo 241. A pesar de este carácter, como la legítima es solo de "un cuarto", resulta especialmente interesante la posibilidad de otorgar testamento bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Y así, conforme al artículo 204 el testador podrá designar "testamentero" y a este corresponderá la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria.

El pago de la legítima se detalla en los Arts. 249, 250 y 251, estableciéndose que el legítimario no tiene acción real y se considera, a todos los efectos, como un acreedor<sup>12</sup> fijándose el plazo de un año para el pago de la legítima y respecto a la acción de reclamación de legítima y reducción de disposiciones inoficiosas prescribirán a los quince años del fallecimiento del causante.

La legítima del cónyuge viudo se cuantifica en el usufructo de una cuarta parte del haber hereditario líquido si concurre con algún descendiente. En caso contrario, tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital. Se favorece la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre la vivienda habitual, el local donde ejerza su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo. Este derecho del viudo es preferente a la facultad de conmutación que tienen los herederos<sup>13</sup>.

También merece aplauso la regulación del usufructo a favor del viudo de la totalidad de la herencia que cabe pactar en escritura pública o mediante testamento y que supone un complemento ideal respecto de la legítima solucionando, de una vez, los problemas que se producen en aplicación de la cautela socini<sup>14</sup>.

Un comentario especialmente favorable sobre las normas relativas a la partición: los herederos (Art. 294 y siguientes) pueden proceder al pago de las legítimas y a la firma de la propia escritura de partición, mediante un sistema en que los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos dos, podrán promover ante Notario la partición de la herencia que, respetando en todo caso las disposiciones del causante, cumplan las formalidades de los artículos siguientes. A tal efecto, se establece un procedimiento

que pretende eludir el chantaje de la unanimidad entre los herederos para la partición de la herencia.

Esta Ley, por último, equipara las uniones de hecho al matrimonio: extiende a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones propios del vínculo matrimonial, siempre que la relación marital de facto se mantenga con intención o vocación de permanencia<sup>15</sup>.

De cara al futuro, el régimen de las legítimas en el Derecho Común ha de modificarse sustancialmente. No oculto mi preferencia por el sistema navarro de una legítima meramente formal de simple mención a los legítimarios con la atribución famosa de bienes simbólicos que establece la legislación navarra. No obstante, si se opta por una reducción en la legítima entiendo que "el cuarto", como cuantía, es objetivamente suficiente. Caso de que quisiera mantenerse la mejora de, por ejemplo, la mitad dentro del mismo cuarto, solo deberían ser sus perceptores los hijos y descendientes con una merma, por edad (menores), en su educación (no han terminado su formación profesional) o que sufran alguna minusvalía física o psíquica.

La legítima de padres y ascendentes, debería desaparecer y sólo conservarse la reserva lineal y la reversión clásica (Art. 811 y 812 C.C.). Es decir, que se devuelvan determinados bienes donados o recibidos de los padres a éstos, para que no se los queden el viudo o viuda sin hijos y se respete también la línea de la procedencia del bien heredado en el supuesto extremo y desgraciado de las sucesivas muertes de la reserva troncal.

Respecto de la legítima del viudo o de la viuda, sería aceptable seguir el criterio de la legislación gallega indicada y, especialmente, plantear una atribución ex lege de la vivienda habitual familiar sin derecho a indemnización o de compensación a los hijos o herederos, o al menos, el usufructo vitalicio de dicha vivienda. También cabría regular detalladamente la cautela socini o el usufructo vitalicio universal sobre la herencia.

De pasada, podríamos planteamos si los hijos del otro cónyuge que han convivido muchos años con el cónyuge de su progenitor o progenitora, tendrían derecho a la legítima. Piénsese que, en muchos casos, son los que llegan a tener el status de hijo frente a ese testador.

Resulta absurdo que pueda un hijo extramatrimonial que apenas ha convivido con su padre (porque lo reconoció en una dura contienda judicial), termine reclamando una legítima del mismo grado y extensión que los hijos que han formado auténtica familia en primeras o posteriores nupcias con su progenitor<sup>16</sup>. O que éste, en el segundo matrimonio, haya otorgado trato familiar a un hijo aportado por el nuevo cónyuge con el que ha convivido treinta años formando auténtica familia, aunque no tenga la misma sangre.

Un efecto especialmente perverso de la extensa legítima actual es la proliferación de actos en fraude de la misma. No es raro que el testador, en vida, proceda a vaciar de contenido la herencia y así privar de la legítima a los hijos y descendientes. Normalmente, y de forma presunta, se hace a través de negocios simulados (compraventas que encubren donaciones)

<sup>11</sup> El Derecho Catalán también restringe la legítima de los ascendientes desde el momento en que solo tiene eficacia si así lo reclaman (Art. 451.4 y 451.25. Legítima de los progenitores, Libro 4 del Código Civil de Cataluña, Ley 10/2008 de 10 de Julio).

<sup>12</sup> Calificar al legítimario como acreedor simplifica su situación jurídica, eliminando toda polémica doctrinal sobre el carácter del mismo en orden a su propia naturaleza y composición. A tal efecto me remito a lo dicho en la nota número 4.

<sup>13</sup> El cónyuge viudo en Italia conserva el derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso sobre el ajuar familiar si pertenecían al difunto o eran comunes (Art. 540.2 del Código Civil Italiano)

<sup>14</sup> El Código Civil Italiano, regula especialmente la cautela socini, en su artículo 550. Véase "Perfiles del Derecho Italiano de Sucesiones", Alessio Zaccaria, Editorial Bosch 2008.

<sup>15</sup> La Disposición Adicional Tercera realiza la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio definiendo su condición, estableciendo impedimentos así como validando los pactos que establezcan en escritura pública siempre que limiten la igualdad de derechos de las personas. En este mismo sentido, véase artículo 441.1 de la Ley de 10 de julio de 2008, Código Civil de Cataluña. Estos referendos legislativos autonómicos conducen al absurdo de que no exista diferencia entre los "antiguos" casados y los "modernos" unidos o emparejados. ¿Para qué dos regulaciones distintas si tienen los mismos efectos jurídicos?

<sup>16</sup> Se supone que el progenitor en vida ha atendido debidamente en alimentos y en educación a ese hijo extramatrimonial.

o mediante la constitución de sociedades mercantiles y hasta con la erección de fundaciones<sup>17</sup>.

La vigente regulación legitimaria incita a realizar tales actos. Piénsese que una persona que rehaga su vida con 50 años y fallezca con 80 siempre estará más cercano a la segunda familia formada, que a la de los hijos fruto de la primera relación sentimental. Máxime si el último cónyuge o pareja y los hijos de esta relación (o aportados de otro matrimonio) la cuidan en los postreros años de su existencia<sup>18</sup>.

Por todo lo expuesto, y en cumplimiento de la citada Ley Orgánica 1/2008 de ratificación del tratado de Lisboa, hay que reformar, a la mayor brevedad, el Código Civil en la materia legitimaria. En consecuencia, habrá que, al menos, reducir la cuantía de esta vetusta legítima que tantos problemas está causando en las relaciones familiares y sucesorias de la sociedad española del siglo XXI. Y el "nuevo" Derecho Gallego es un buen ejemplo de partida.

<sup>17</sup> La fijación y cálculo de la legítima (además de la clásica imputación) puede provocar la reducción de donaciones y legados inoficiosos y también la impugnación de los actos o negocios en fraude de la misma. La jurisprudencia considera inválido el contrato disimulado, dada la ilicitud de la causa. Lacruz Berdejo (en la obra citada en la nota 4, Pág. 516) no ve clara tal ilicitud. En ocasiones solo obedece a motivos fiscales. En consecuencia este autor considera exagerada la doctrina que predica la nulidad de pleno derecho y, por tanto, prefiere que dichos actos o negocios fraudulentos sean meramente rescindibles como lo son los de fraude frente a acreedores.

<sup>18</sup> En este sentido, hace algún tiempo, cuando comenté el testamento de Camilo José Cela pude imaginar una posible conversación entre el Nobel y su único vástago. Conviene recordar que solo le reconoció a éste la legítima y que, además, en pago le adjudicó un cuadro (el Miró apuñalado) que previamente le había donado y sobre el que posteriormente llegó a entablar una acción de revocación por ingratitud. Camilo José Cela padre, trasgresor, gruñón y con el vocabulario propio de su "Diccionario Secreto", pudo decirle:

-Hijo, hay que joderse con la legítima.

Al parecer, ambos quedaron bien fastidiados por la dichosa "legítima".

Véase "Las legítimas de Cela" incluido en mi libro "Un patinete de lujo", en Editorial Ingrasa, Sevilla, 2003, página 187.

<sup>16</sup> PABLO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI

## Secuestro internacional de menores: Convenio de La Haya

**Silvia Giménez-Salinas i Colomer**  
Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona



## INTRODUCCIÓN

Buenos días a todos,

Antes de dar inicio a mi exposición deseo agradecer a la organización de este Congreso, la invitación que me trasladaron en su día para participar como ponente en esta jornada.

Una Jornada que sin duda cuenta con ilustres compañeros con los que resulta un honor compartir esta mesa.

El concepto de familia en el siglo XXI —un siglo en el que la estructura tradicionalmente concebida del núcleo familiar parece haber quedado obsoleta—, nos mueve a revisar el Derecho de Familia tal y como hasta finales del siglo XX se había concebido.

Por ejemplo, el estudio de las soluciones a los problemas derivados de las crisis familiares, que desembocan en la ruptura del vínculo marital, ha de enfocarse desde una perspectiva diferente. Hemos de buscar nuevas soluciones a las nuevas situaciones familiares.

Y hoy se nos ha encomendado, tanto a mis compañeros de mesa como a mi misma, examinar las vicisitudes relativas a la situación de los menores fruto de parejas separadas con nacionalidades diferentes.

Y concretamente la exposición que propongo pretende centrarse en una problemática actual y grave, ante la que sin duda nos hallamos expuestos todos los profesionales aquí reunidos, y que no es otra que la Sustracción Internacional de Menores.

## I. APROXIMACIÓN AL CONTEXTO HISTÓRICO-CULTURAL

Y para introducimos en la cuestión a tratar he creído oportuno, en primer lugar, fijar el contexto histórico-cultural en el que nos hallamos imbuidos.

Durante el último tercio (aproximadamente) del pasado siglo asistimos al estallido de lo que algunos estudiosos han convenido en denominar “La Tercera Revolución Industrial”, La Globalización, un fenómeno que, a diferencia de sus dos anteriores parientes (La I y la II Revolución Industrial), se ha centrado en el ámbito científico-tecnológico, según el esquema que les presento de forma muy abreviada:

- La Revolución científica: Se han experimentado avances científicos que ha posibilitado una mayor calidad de vida (la esperanza de vida —en los países desarrollados— ha crecido y con ella la calidad de vida. Ahora la vejez no se vive como el “ocaso” de la vida sino como una “segunda juventud”).
- La Revolución Tecnológica: Vivimos en la Era Digital con un Dios: Internet, un canal de comunicación en tiempo real a nivel mundial y a un bajo coste que posibilita la difusión de la cultura, la aproximación de los individuos, la disolución de las fronteras.
- La Revolución Social: El siglo XX ha permitido un acceso generalizado al sistema educativo (se ha conseguido reducir notablemente la tasa de analfabetismo a nivel mundial —con reservas como siempre—). Se ha incrementado el porcentaje de individuos con estudios superiores. La mujer ha tenido acceso a dicho sistema educativo y por tanto ha accedido a la formación especializada y por ende al mercado laboral. Hemos asistido a la emancipación de la mujer y con ello a un profundo cambio de las estructuras familiares tradicionales. Consecuencia de ello es el hecho de que la natalidad haya descendido —en los países industrializados— brutalmente, sólo recuperándose gracias al fenómeno migratorio

- De hecho por mencionar, a modo de **ejemplo** un caso, me referiré al Español
- Existen estudios estadísticos que acreditan que el principal factor de crecimiento de la población en los últimos lustros se ha debido al fenómeno migratorio, así en el decenio comprendido entre 1991 y 2001, el 60% del crecimiento de la población española se ha debido a la inmigración. Hoy día dicha contribución se sitúa en torno al 90%. En los tres años comprendidos entre 2000 y 2003, la población española (que parecía abocada al estancamiento) ha pasado de 40,5 a 42,7 millones de individuos, y la mayor parte de dicho aumento se ha debido a la inmigración. Así podemos determinar que el crecimiento de la población inmigrada en los últimos años ha sido extraordinariamente rápido<sup>1</sup>.

Como imagen gráfica podemos afirmar que: El número de extranjeros que residen en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor al finalizar el año 2007 es de 3.979.014. De ellos, 2.162.190 (el 54,35%) son hombres y 1.816.392 (el 45,65%) son mujeres.

Durante este año, el número de extranjeros ha aumentado en 957.206 personas, un 31,68%.

Su peso en la población total española alcanza el 8,79%, lo que supone un aumento de 1,92 puntos porcentuales sobre el año anterior.

En España residen extranjeros de más de 175 nacionalidades.

Pero lo más destacable es el extraordinario aumento del número de rumanos durante el año 2007 que, casi triplicándose, pasan al segundo lugar con 603.889 residentes, sólo por detrás de Marruecos (648.735) y dejando a Ecuador, en tercer lugar, a bastante distancia (395.808).

Como se desprende de los datos, las culturas que se introducen en nuestro país son notablemente diferentes a la nuestra, así nos encontramos con una importante población musulmana, latinoamericana y de países del Este.

Individuos que por tradición histórico-cultural poseen una pirámide de valores diferente a la nuestra. Así quizás el caso islámico —por una cuestión religiosa— sea el más patente, si bien también en los otros supuestos la diferencia cultural es notable.

Lo cual inevitablemente conlleva la necesidad de armonizar la convivencia: PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO COMO TAL —LA ORDENACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN SOCIEDAD—, ELLO a fin de evitar fricciones.

En definitiva, vivimos inmersos en la Mundialización, la cual nos afecta en todos los ámbitos de nuestra mundana vida:

Fruto de todas estas revoluciones intrínsecamente relacionadas se produce el siguiente diagrama de flujo<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> “Inmigración, cambio demográfico y cambio social” Joaquín Arango Vila Belda (Universidad Complutense de Madrid) – Consecuencias de la evolución demográfica en la economía ICE mayo-junio 2004, nº 185.

<sup>2</sup> Fuente: [www.ine.es/prodyser/pubweb/esp/cif/pobl05.pdf](http://www.ine.es/prodyser/pubweb/esp/cif/pobl05.pdf)

### ESQUEMA RESULTANTE



Los avances científico/tecnológicos procuran mejoras en las comunicaciones (tanto a nivel transporte terrestre, aéreo, marítimo, etc., como a nivel comunicaciones telemáticas a tiempo real —Internet—) lo cual lleva a una generalización del acceso a los mismos.

Ello unido a la progresiva supresión de fronteras (ej. Caso UE y la libertad de desplazamiento de bienes e individuos), ha procurado que individuos de cualquier parte del planeta acceden a las realidades que se viven en otra parte del globo, produciéndose un desplazamiento físico por diferentes motivos:

\*económicos (en busca de una mejor calidad de vida, de un \*trabajo al que no tienen acceso en su país...)

\*turísticos / ocio

\*estudios/ formación...

Fruto de todo este maremágnum de cambios vertiginosos hemos podido asistir a una modificación del "orden establecido" palpable con la simple observación de las calles de cualquiera de nuestras ciudades: veremos que las facciones de los paseantes son diversas, existe diversidad cultural, esa sociedad estanca, plegada sobre sí misma (que por ejemplo era la España de los años 70-80) ha desaparecido... esa sorprendente diversidad cultural que prácticamente sólo podía verse en Londres (incluso quizás París aunque en menor medida) se ha extendido a lo largo de la década de los 90 y durante este primer decenio del siglo XXI a prácticamente el resto de países de la franja mediterránea de Europa, ello sin duda propiciado por todos estos fenómenos a los que antes hemos aludido.

Y en esta profunda metamorfosis sufrida por nuestra sociedad, inevitablemente se ha visto afectada la Familia, el núcleo comunal básico de cualquier sociedad.

Sin duda, el concepto "Familia" ha existido siempre —un antropólogo podría confirmar que ya desde paleolítico el hombre se organizaba en núcleos familiares—, si bien resulta obvio que no es tarea sencilla adoptar una definición del concepto "Familia" pues ésta es un organismo vivo en constante evolución, la estructura nuclear de la cual muta en función de dos parámetros:

- el lugar
- el momento

Durante el último tercio (aproximadamente) del siglo XX (y continuando en estos primeros años del siglo XXI) los cambios han alcanzado tal magnitud que el concepto de lo que sea "La Familia" ha experimentado una metamorfosis ingente, inesperada... casi vertiginosa...

Y uno de los cambios que ha afectado a su actual concepción son los flujos migratorios. Estos han propiciado el aumento de parejas integradas por miembros de diferentes nacionalidades, hecho que implica que dicha pareja ha de integrar dos culturas diferentes (en ocasiones antagónicas) para la exitosa formación del núcleo familiar. Pero la cohesión no siempre es fácil (en ocasiones la pareja se manifiesta impotente, incapaz de integrar las diferencias, siendo que en lugar de enriquecer a la pareja, esa diferencia cultural lo que consigue es distanciarla. Se produce de este modo la crisis de la pareja que puede llevar, en el caso de no ser superada, a la separación o divorcio, esto es a la ruptura del vínculo marital.

Hasta aquí el problema es relativamente sencillo de resolver, no obstante, dicha simplicidad se verá anulada en el momento en que ese núcleo familiar —EN EL QUE EXISTE UN ELEMENTO DE EXTRANJERÍA— existen HIJOS MENORES.

Esta realidad nos ha de llevar a legislar sobre los efectos jurídicos derivados, como por ejemplo la **Sustracción Internacional de Menores**.

## II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La sustracción internacional de menores es un asunto candente. Así en España durante 1999 y según las estadísticas publicadas por la Autoridad Central (en adelante AC) se contabilizaron un total de 78 aplicaciones del Convenio de La Haya.

Siendo que en el 2006 se han contabilizado 177 casos de sustracción internacional de menores<sup>3</sup>, resulta obvio que el fenómeno mundializador tiene mucho que ver en el tema.

### 1. Pero ¿qué es la SIM?

Definición establecida en el **artículo 3 del CH 1980**: Se produce SIM siempre que un menor es retenido por uno de los progenitores o por otro pariente y es llevado a lugar distinto al de su residencia habitual sin contar con el otro progenitor, así lo establece el tenor literal de dicho artículo:

*"Artículo 3.- El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

a) *Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

b) *Cuando este derecho se ejerciera en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

*El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado."*

<sup>3</sup> [www.ine.es/secciones/noticia.jsp](http://www.ine.es/secciones/noticia.jsp)

Se trata sin duda de una definición incardinada en el ámbito civil (obviando, al menos en lo que concierne a esta ponencia, las implicaciones penales que puedan trascender)

Obviamente la SIM no es un fenómeno surgido a finales del siglo XX, se trata de una problemática que ha existido con anterioridad, de hecho y como dato anecdótico les comentaré, que ya en el siglo XIX (entre los años 1815-1820 aproximadamente), Beethoven protagonizó una batalla legal por la custodia de su sobrino Karl, hijo de su hermano fallecido prematuramente, siendo que según los relatos es el primer sustractor internacional conocido, pues fue detenido “in fraganti” cuando pretendía trasladarse de país con su sobrino, dictando un Tribunal Menor una orden de devolución del menor con su madre a Alemania.

Por tanto, cuando uno de los progenitores se lleva a otro país a sus hijos, sustrayéndolos de la tenencia (custodia) o el vínculo de visitas con el otro progenitor, éste HA DE PODER LOGRAR el reintegro o el restablecimiento del régimen de visitas.

Y en este punto cabe destacar que este traslado o retención ilícitos abarca diferentes tipologías, a saber:

- Desde la desaparición total del menor
- A la radicación del padre no custodio en un tercer estado de forma permanente
- Los movimientos frecuentes de estado por parte del sustractor
- Localización del menor pero con comunicaciones dificultosas, etc.

Y todo el abanico de tipologías de SIM que pueden darse, inevitablemente han de ser estudiadas desde una doble perspectiva: Como ESTADO REQUIRENTE ó ESTADO REQUERIDO

Habida cuenta que siempre existirá un Estado que reclame la devolución del menor al nacional de su país que ha sido privado de la custodia o del derecho de visita (Estado Requirente) y existirá —en el lado opuesto del cabo— un Estado Requerido en el que se aloja el progenitor autor de la sustracción y que ha de examinar si procede obligar a dicho sustractor a la devolución del menor.

De la panorámica expuesta resulta evidente, tanto la complejidad de supuestos posibles como la dificultad derivada de la necesidad de coordinar dos sistemas judiciales soberanos.

Nos hallamos en la esfera tan compleja que es el Derecho Internacional Privado.

### III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LUCHA CONTRA LA SIM

Y definiendo la problemática expuesta como un Conflicto Internacional, la búsqueda de soluciones a la misma, ha de pasar por el único instrumento conocido hasta la fecha EL SISTEMA CONVENCIONAL.

Existen **Convenios de Origen Internacional**, siendo que los más destacados son los de la Conferencia de La Haya, de los cuales debemos destacar el

1.- Convenio de la Haya (en adelante CH) de 1980 relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980

Se trata del Convenio Internacional más específico existente hasta la fecha, y la pretensión con la que nació fue la de anular la inseguridad jurídica derivada de la existencia de decisiones adoptadas a instancia de una sola de las partes en un foro de su elección, decisiones que revertían inevitablemente sobre la relación paterno filial, la cual tiene una naturaleza harto delicada, siendo que engloba una serie de derechos fundamentales de las partes implicadas, que hacían necesario arbitrar una regulación jurídica unitaria al problema.

Ej.- En una ruptura matrimonial de hecho (no existe resolución sobre custodia aún), cada uno de los miembros de la pareja (mixta) buscará la protección de las autoridades del Estado propio de su nacionalidad —en el que se presume que va a recibir un trato más sensible para con su problemática— de ahí los traslados ilícitos, las sustracciones internacionales de menores, es este el error tendente a ser corregido por el CH de 1980

Este es el objetivo principal del CH 1980, este es el espíritu con el que nació en su día:

Mencionar los trabajos preparatorios del CH: “Informe Dyer de 1978”. Este informe junto a un cuestionario fue sometido a todos los Estados miembros de la Conferencia. *Dicho documento recogía la iniciativa tendiente a imponer a las autoridades del país donde el menor era desplazado el deber/la obligación de restablecer la guarda* —evitando en la medida de lo posible entrar en el fondo del asunto— *en aquellos supuestos en los que el menor había sido sustraído de forma arbitraria.*

Dado que en el fondo del problema de la SIM se detectó que la intención del sustractor era someter la discusión sobre la custodia en los Tribunales de su país (quizás benévolo en su decisión para con él), intentando burlar así el foro competente... el CH pretendió evitar dicha situación, obligando así a los Tribunales del país donde el menor había sido trasladado, a retornar al mismo en todo caso (salvo tasadas excepciones art. 13 CH) al país de residencia habitual y que fuera en éste donde se discutiera el fondo del asunto —la custodia—.

Por otra parte, debemos destacar, de todo el abanico de convenios sobre la materia, el:

2.- Convenio de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980 sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia:

La diferencia existente entre CH 1980 y Convenio de Luxemburgo del mismo año y redactado en el seno de la UE, radica en que:

- Teniendo ambos mecanismos convencionales el mismo objeto —reintegro menores desplazados ilícitamente— el Convenio del Consejo de Europa (Luxemburgo) responde a un enfoque judicial del fenómeno distinto y ello porque parte de la existencia de atribución de la custodia a una de las partes.
- Así el Convenio de Luxemburgo, como requisito previo para la consideración de ilícito de un traslado exigirá la existencia del derecho de custodia por parte del actor – lo cual le otorgará legitimación activa. Así lo establece el artículo 1d) del Convenio de Luxemburgo.
- De esta forma el *ámbito de aplicación material* del Convenio del Consejo de Europa se restringe a los supuestos en los que existe un previo pronunciamiento sobre los derechos de custodia y por ende de visita.
- En contraposición el CH 1980 viene a llenar la laguna existente en aquellos casos en los que el desplazamiento se produce de forma previa a la existencia de tal resolución judicial...
  - o Tal sincronización entre Convenios que evita el solapamiento de ambos articulados se deriva de la doble condición de muchos de los Estados que a la vez eran Estados miembros de la UE así como de la Conferencia de la Haya, siendo este el motivo que ayudó a elaborar dos textos complementarios y muy ajustados a las necesidades.

3.- Destacar igualmente la existencia de mecanismos convencionales de carácter bilateral, siendo en el caso español el Convenio entre el Reino de España y Marruecos de 30 de

mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, visita y devolución de menores.

La existencia de este instrumento deriva del natural movimiento migratorio entre ambos estados, siendo que se hizo necesario regular los efectos colaterales de tal situación.

En otro orden de cosas, y siendo que formamos (la mayor parte de los presentes) parte de la **UE mencionar la normativa comunitaria al efecto:**

1.- El Reglamento Bruselas II bis (CE 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental) deroga al anterior Reglamento comunitario 1347/00 (Bruselas II) y modifica el

2.- Reglamento 44/01, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil

Con este Reglamento Bruselas II bis la UE ha pretendido la unificación del espacio judicial europeo en lo relativo al Derecho de Familia.

Ambos Reglamentos de Bruselas II establecen que las resoluciones tanto judiciales como administrativas de los Estados miembros y relativas al vínculo matrimonial (excluidas las resoluciones religiosas) —nulidad, divorcio y separación legal— así como las relativas a la responsabilidad parental sobre hijos comunes à no precisan exequátur para su reconocimiento y ejecución en cualquiera de los países miembros.

El objetivo perseguido: la libre circulación de las resoluciones judiciales en las materias que constituyen su contenido, estableciendo una armonización y simplificando los trámites, se pretende en definitiva un rápido y automático reconocimiento de las resoluciones judiciales y de su ejecución.

La única excepción en la aplicación territorial de Bruselas II bis es Dinamarca a la que no es aplicable el mismo.

Y en cuanto a su aplicación personal, obviamente se refiere a los ciudadanos comunitarios pero también a nacionales de terceros países que tengan vínculos lo suficientemente profundos en el territorio de uno de los estados miembros.

Este Reglamento se inspira en el CH de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

**Y parte de su articulado se refiere al asunto de la sustracción intracomunitaria de menores**

- El Reglamento no cuenta con una disposición específica que delimite lo que deba entenderse por sustracción intracomunitaria de menores.
  - o Un factor a tener en cuenta es la residencia habitual pero no se trata del único
  - o Para activar la cooperación, se requiere que tanto la autoridad requirente como la requerida pertenezcan a la UE
    - La Sustracción Intracomunitaria se dará por tanto cuando el menor residente en un estado miembro de la UE sea desplazado a otro estado miembro de forma ilícita
      - Ej.- menor canadiense que habitualmente reside en Francia y que es retenido por su padre durante una visita en España
      - No así:

- o Menor español que tiene su residencia en Túnez y que es desplazado por su madre a Italia
- o La definición de sustracción según el Reglamento se basa en la definición del Art. 3 del CH 1980 pero extiende el concepto en un punto delicado: "la guarda conjunta"... (no confundamos este término con la custodia compartida (caso español))
  - La idea de base del concepto es la de impedir que el progenitor que tiene la custodia desplace la residencia habitual del menor sin consentimiento del otro cónyuge que también tiene derecho de tomar parte en la decisión.
  - El motivo por el que el CH 1980 no había previsto este hecho era que el legislador únicamente pensó en supuestos de desplazamiento por parte del progenitor que "sólo tenía derecho de visita"... pero actualmente dado el cambio normativo puede darse el supuesto en que el que sustraiga sea el propio padre custodio. (Recordemos que el CH 1980 estaba creado para casos en los que no existía resolución sobre la custodia previa, por lo que normalmente el progenitor que creía que iba a recibir una resolución desfavorable en el Estado de residencia habitual intentaba trasladar al menor a su Estado de origen en la creencia de que sería más benévolo... esto cambió con el Convenio de Luxemburgo)

**Ej. Sentencia AP Tenerife de 1 de junio de 2004**

Antes de que entrara en vigor Bruselas II bis aquí ya se invocaba.

Art. 2.11 del Reglamento: "se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro sobre el lugar de residencia del menor"

Así el Tribunal invoca dicho artículo a fin de declarar el carácter ilícito del desplazamiento operado por la madre custodia y ello con el objeto de proteger el derecho de visita del padre.

- o Limitación Temporal: establece el artículo 10 del Reglamento que durante 1 año los Tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado/retención ilícita serán competentes para conocer del asunto.
- o El fundamento de este artículo obviamente es el artículo precedente nº 8 que establece la competencia general si bien a fin de equilibrar las fuerzas limita temporalmente dicha competencia a una anualidad para presentar la reclamación desde que se produjera el desplazamiento con conocimiento del paradero del despojado del menor.
- o Y el Art. 11 de Bruselas II bis, se refiere a la restitución inmediata del menor sustraído, ello de conformidad con lo previsto el CH 1980

**Pero Bruselas II bis también completa algunos puntos del CH 1980:**

- Concretamente en los apartados 2, 3 y 5 a 7 refuerza las normas procesales establecidas en CH 1980
- Y en apartado 4 y 8 completa con soluciones propias el CH 1980:
  - El apartado 4 establece que los Tribunales no podrán ampararse en las excepciones del Art. 13 del CH si se prueba que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución

- o Así las autoridades del estado miembro de la residencia habitual habrán de acreditar la adopción de medidas suficientes para su protección y si lo logran la resolución será favorable a la restitución
  - Fundamento: la estabilidad del menor en un entorno familiar y social adecuado.
- En el apartado 8 la sustitución de la decisión de no retorno amparada en Art. 13 CH 1980 queda supeditada a la decisión de los Tribunales del Estado miembro donde radica la residencia habitual sobre el fondo de la litis
  - o Así podemos pensar que Bruselas II bis sólo ampara el no retorno del Estado miembro donde se oculta el sustractor de forma TEMPORAL, puesto que dicha decisión podrá verse alterada por la resolución sobre el fondo que adopte el otro Estado implicado (el de la residencia habitual)
    - Supresión del exequátur para las decisiones de retorno del menor y derecho de visita, efecto ejecutivo automático, ello desalienta al sustractor porque se suprimen trámites que ralentizan el procedimiento

**RELACIONES BRUSELAS II BIS Y CH 1980**

- Bruselas II bis no regula todas las cuestiones relativas a las sustracción
  - o En las cuestiones cubiertas por ambos textos prevalece Bruselas
  - o En las cuestiones no reguladas ambos textos se combinan

**IV. EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DEL MENOR**

Partiendo de la somera visión que se ha dado de los mecanismos para luchar contra la SIM, pasamos a centrar el discurso en el CH 1980 por ser éste el instrumento convencional que nos detalla el procedimiento a seguir (que se refuerza en Reglamento UE Bruselas II bis)

El de La Haya de 1980 es quizás el más específico de los instrumentos reseñados con anterioridad siendo su principal objetivo: LA RESTITUCIÓN DEL MENOR A SU RESIDENCIA HABITUAL

En este sentido, resulta interesante destacar una **Sentencia del TS español de 22 de Junio de 1998, dictada por la Sala Primera del Supremo** en la que se realiza una interpretación del alcance del artículo 16 CH 1980 (no fondo asunto custodia sino restitución inmedia-ta). La finalidad principal es la protección del menor de los efectos negativos de la sustracción de su entorno socio-familiar.

**1. Normativa procesal aplicable:**

Si el CH 1980 fue ratificado por España en 1987 y citando una serie de estadísticas de aquel entonces —publicadas por el Ministerio de Justicia—

- En el período que fue desde 11.11.87 a 31.12.94 → se registraron 266 casos
  - 201 España autoridad requerida
  - 65 España autoridad requirente

En la década de los años 90 asistimos a un extraordinario aumento del fenómeno (COIN-CIDIENDO CON LA GLOBALIZACIÓN INCIPIENTE)

Así desde Enero de 2000 a Enero de 2002, menos de 3 años, se registran 284 casos.  
 148 España autoridad requerida  
 136 España autoridad requirente

Y sólo en el año 2003 se establecen en 170 los casos registrados<sup>4</sup>.  
 Este aumento exponencial de los casos registrados unido al caótico sistema procesal español en el que los plazos se dilataban en exceso (sólo recordar el **caso Gutler & Ramos —Zuiza—**) provocó la necesidad de arbitrar soluciones a así en 1996 el Legislador introdujo —con la característica de Jurisdicción Voluntaria— un procedimiento que recogía la práctica común seguida en los años anteriores en la que no existía procedimiento específico.

Así la ubicación de dicho procedimiento se acordó establecerla en los artículos 1901 a 190 LEC de 1881 del procedimiento a seguir según indicaciones del propio CH 1980.

- Destacar que en España estos artículos también son el cauce procesal siempre que tenga que aplicarse cualquier otro Convenio relativo a la materia de Sustracción Internacional de menores, para valorar y resolver las situaciones de traslado o retención ilícita.
- Y del mismo modo han quedado fuera de su redacción las situaciones existentes con los países con los que no hubiera Convenio, y la materia de Visitas, al centrarse solo en la restitución del menor.

No obstante cabe indicar que:

1.- Dicho procedimiento, descrito en los art. 1901 a 1910 LEC 1881 ha sido modificado con motivo de la entrada en vigor de la LEC 1/00, de 7 de enero.

La LEC 1/00 sigue manteniendo en vigor estos artículos de la antigua LEC ya derogada en tanto no sea promulgada la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria

No obstante a día de hoy dicha Ley no tiene visos de ser aprobada a medio plazo habida cuenta que el proyecto ha sido retirado...

Por tanto, hasta que no sea aprobada la Ley Jurisdicción Voluntaria seguirán en vigor estos artículos... si bien en cuanto a la remisión al Juicio Verbal, Apelación y Ejecución resulta obvia la remisión a la nueva regulación instaurada por LEC del 2000

2.- Le son de aplicación todos los Principios Generales de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que dotó al menor de un marco jurídico propio de protección.

3.- Siguen existiendo problemas sin resolver, fundamentalmente en materia de competen-cia, de recursos y de ejecución.

**2. Procedimiento:**

- a.- Se trata de actos de Jurisdicción Voluntaria
- b.- Naturaleza mixta siempre que intervenga la Autoridad Central (en adelante AC)
  - 1.- Administrativa
  - 2.- Judicial
- c.- La custodia —cuestión de fondo— no puede ser discutida en este procedimiento, sino por el Tribunal competente en su caso. En este procedimiento preferente sólo se discute la restitución del menor
- d.- Carácter preferente (en clara relación con el anterior punto b))

<sup>4</sup> Fuente Jornadas de Cooperación Judicial Europea 2004 (Anna Quiñones Escámez y otros) datos extraí-dos según autora de estadísticas del Ministerio de Justicia (pág. 249).

Esta singularidad preocupa tanto al legislador internacional —así la encontramos en el CH-80 en el artículo 11, p. 2—, como al nacional —artículo 1902, p. 4 de la LEC—, y deberá reflejarse a lo largo de todo el proceso, tanto en su señalamiento como en las pruebas, resoluciones, etc.

e.- Urgente tramitación (6 semanas para resolver, 20 días para resolver apelación...)

#### TRAMITACIÓN

**\*\* LA COMPETENCIA.**- La solicitud se ha de presentar ante el Juzgado de Primera Instancia competente, en cuya demarcación se halle el menor.

Existe cierta problemática por la discusión que en la actualidad hay sobre el Juzgado **TERRITORIALMENTE** competente, pues al intervenir el Abogado del Estado, se crea un problema sobre el que no hay solución pacífica.

art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas à competente Juzgado capital provincia

*En una Encuesta de la Revista SEPIN, en el número de julio-agosto de 2004, la mayoría de los Magistrados que respondían a esta pregunta consideraban competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación se halle el menor, y otros minoritariamente consideraban que la competencia era del Juzgado de la capital de provincia, por intervenir el Abogado del Estado.*

En este sentido resultan de interés las resoluciones de:

\*La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 20-9-2001 y de la Audiencia Provincial de Cáceres de 12-9-2002.

*“Esta cuestión no es pacífica, en la actualidad, y está sin resolverse definitivamente; habiéndose dictado resoluciones en primera y segunda instancia que consideran preferente el criterio de la «demarcación donde se halle el menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente», siguiendo lo dispuesto en el convenio de La Haya que hace referencia a «donde se halle el menor», esta interpretación es más acorde con el criterio seguido por los Reglamentos de la Unión Europea donde prevalece como criterio de competencia «la residencia habitual del menor».*

*Si no comparece la Autoridad Central el tema está claro y deberá presentarse la solicitud en la demarcación donde se halle el menor; el conflicto se plantea cuando la solicitud la presenta la Abogacía del Estado representando a la Autoridad Central..<sup>5</sup>*

Igualmente sobre la **COMPETENCIA MATERIAL** se establece en la LEC 1881 que serán competentes los Juzgados de 1ª Instancia, si bien o nada impediría que conocieran los JUZGADOS DE FAMILIA (art. 45 nueva LEC).

Resultando competentes los Juzgados de Familia para el conocimiento de las medidas que hay que adoptar sobre los hijos menores, su cuidado y patria potestad (arts. 90, 91, 92 y 156 del CC), las diferencias que puedan surgir en su ejercicio, y la adopción de las medidas cautelares y de protección que puedan adoptarse en su defensa (art. 158 del CC), es consecuente con la naturaleza de la pretensión que se resuelve en estos procedimientos que la competencia les corresponda a los Juzgados de Familia en las ciudades donde existen.

**En la actualidad esta es la situación mayoritariamente aceptada.**

<sup>5</sup> Extracto literal de ponencia de la Magistrado Letrado del CGPJ Pilar Glez Vicente (La SIM y su nueva regulación) Enero 2007.

**\*\* MEDIDAS PROVISIONALES.** Quien insta el expediente podrá *solicitar medidas provisionales* de **custodia** en relación con el menor y de aseguramiento para evitar nuevos traslados ilícitos, como prevén los artículos 1903 de la LEC y 158 del CC à pero provisionales pues el Juzgador no puede entrar en el fondo del asunto relativo a la custodia

**\*\* AUTO.** En 3 días se ha de dictar Auto ha de resolver y acordar sobre las siguientes cuestiones:

a) **Admisión a trámite** de la solicitud, tras el examen de oficio de la competencia y de las normas de reparto.

b) **La adopción de la medida o medidas** que considere pertinentes para el aseguramiento del menor y evitar así nuevos traslados ilícitos, y en su caso alguna medida provisional sobre la custodia que considerara tan urgente que justifique su adopción en esta primera resolución.

- Aunque de la lectura del artículo 1903 LEC parece deducirse que estas medidas solo podrían acordarse a petición del Ministerio Fiscal o de quien promueve el procedimiento, dado el contenido del artículo 158 del CC **nada impide que puedan acordarse de oficio cuando el Juez considere que existen razones para ello.**

c) **Requerimiento** a la persona que ha sustraído o retiene al menor, con copia del convenio por el que se solicita la devolución del menor (art. 1904 LEC que ya hemos expuesto) con los apercibimientos legales para que en la fecha que se determine —en un plazo que no puede exceder de tres días— comparezca en el Juzgado.

**\*\* LA COMPARECENCIA** en el Juzgado del progenitor presunto sustractor contendrá sus manifestaciones sobre:

a) Si **accede** voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución u organismo que es titular de la custodia. Esta posibilidad está prevista en el artículo 1904.1.a), y en el 1906 de la LEC. Este Acuerdo por el que se accede voluntariamente a la restitución del menor se hará constar en el Acta.

Seguidamente el Juez dictará **Auto** que declare la **conclusión** del procedimiento y la entrega del menor al titular del derecho de custodia, o persona que designe o acuerde el Juzgado, así como lo procedente a costas y gastos.

b) Si **se opone** a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio, del que se le habrá dado copia.

La oposición no puede ser genérica sino que ha de concretarse en una o más causas de las específicamente previstas en el convenio que se tramita.

En el supuesto de que el requerimiento no estuviera hecho en legal forma deberá subsanarse la omisión y permitir a la parte un plazo breve para que concrete la causa de su oposición (arts. 1904, 1907, 1908 y 1909 LEC).

c) La **incomparecencia** del requerido y, como dispone el artículo 1905 de la LEC, la continuación del procedimiento de su **rebeldía**.

**\*\* CITACIÓN DE COMPARECENCIA Y DECRETO DE MEDIDAS PROVISIONALES**

Se dictará resolución citando a los interesados, a todos sin exclusión, y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que tendrá lugar en un **plazo no superior a los cinco días siguientes**, y **se decretarán las medidas provisionales que se estimen** pertinentes en relación con el menor.



En esta nueva comparecencia se oír al Ministerio Fiscal y al menor sobre su restitución, ya que su voluntad es importante de valorar por el Juez para resolver sobre la restitución.

- Tras la primera comparecencia el Juez deberá **oír al menor**, cuya devolución se solicita, separadamente, sobre su restitución.
- Esta diligencia del Juez deberá realizarse conforme dispone en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en especial su artículo 9, sin la presencia de las partes interesadas, porque podrían incidir en el menor, y lo que quiere el legislador es que el propio Juez tome directamente conciencia del estado del menor y pueda formarse su criterio, por tanto solo se requiere la presencia del Juez, el Secretario Judicial y el Ministerio Fiscal.
- Se deberá levantar acta de su resultado, en especial de los hechos y manifestaciones expuestas, relevantes según la causa que se alegue para que no se le devuelva al menor.

El Reglamento 2201/2003 prevé que esta exploración o audiencia del menor, a la que tiene derecho, se realice por videoconferencia, con el Juez que posteriormente tenga que resolver por ser el del Estado donde tenía su residencia habitual, y que se remitan a este Juzgado en esa fase posterior las actas, los documentos pertinentes y la resolución, por lo que lo más correcto será remitir la correspondiente grabación del juicio verbal (art. 11).

También se podrá, si se considera necesario, recabar por el Juez los informes que estime pertinentes, pero deberán ceñirse al objeto de este juicio verbal y no olvidar el carácter preferente de este procedimiento, sin que deba permitirse que la realización de estos informes constituya una causa de dilación.

\*\* Se resuelve por **AUTO, en el plazo de los dos días siguientes a la comparecencia**, en el que se **acuerda si procede o no la restitución del** menor, teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del convenio que se aplique al caso concreto.

Si el Juez resuelve la restitución del menor en el mismo Auto se resolverá sobre las costas del procedimiento—los gastos en que haya incluido el solicitante, incluso los del viaje, y los que ocasione la restitución del menor—.

Si no se acuerda la devolución del menor se declararán de oficio las costas del procedimiento (art. 1909 LEC).

\*\* **JUICIO VERBAL.** - Si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución del menor al amparo de las causas establecidas en el convenio (art. 13 CH 1980) en que se fundamente la devolución la oposición se ventilará por el juicio verbal.

- Desde la entrada en vigor de la nueva LEC 1/2000 ha de entenderse hecha la referencia al juicio verbal previsto en los artículos 437 a 447, ambos inclusive, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones comunes a los procesos declarativos, habiendo quedado derogado la remisión al artículo 1817 de la antigua Ley.

En el mismo acto de la comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal para una ulterior comparecencia o vista del juicio verbal.

El plazo para su **celebración** es de **cinco días, improrrogable**, a contar desde la primera comparecencia art. 1907.1.a), lo que viene justificado por la celeridad impuesta legalmente a todo el trámite procesal.

\*\* La **PRUEBA** estará únicamente referida a acreditar si concurre o no alguna de las causas de excepción previstas en el correspondiente convenio por la que, de concurrir, no se restituirá al menor con carácter inmediato al país donde tenía su residencia habitual.

- Nada impide que el Juez pueda acordar práctica de pruebas de oficio, aunque ello no esté previsto expresamente en el artículo 1907 de la LEC, al tratarse de materia de protección de los menores.

**En la práctica en esta fase es donde se aprecian mayores dilaciones, tanto proponiendo pruebas con la única finalidad de retrasar la resolución judicial, como admitiendo aquellas que no son necesarias para resolver este juicio verbal y que son más propias de un proceso de familia en que hay que resolver sobre las medidas derivadas de una ruptura, en ambos supuestos con consecuencias graves y con un claro incumplimiento de las normas procesales y de lo dispuesto en los respectivos convenios.**

\*\* **RESOLUCIÓN.** - El Juez dictará auto resolviendo en interés del menor y en los términos del convenio si procede o no la restitución (artículo 1908 LEC). Esta resolución deberá ser motivada y contendrá los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se base la parte dispositiva (artículo 208 LEC).

El plazo para dictarlo es de **seis días desde que se celebró la comparecencia o, en su caso, se practicaron las pruebas pertinentes.**

**Esta resolución tiene dos pronunciamientos**, uno de carácter **declarativo**: la manifestación sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor desde el país donde tenía su residencia habitual, y otro de **condena**, ordenando la restitución del menor siempre que no concurra alguno de los supuestos expresamente previstos en el convenio que se aplica—si estuviéramos dentro del ámbito del CH-80 los previstos en los artículos 12, 13 y 20, y que excluyen la obligación de restituirle—.

\*\* Contra el auto solo cabrá recurso de **APELACIÓN** en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable **plazo de veinte días**; por tanto no produce efectos suspensivos. Con la nueva LEC estamos en el ámbito de la ejecución provisional de la resolución adoptada.

- Si se ejecuta el auto del Juzgado que ordenaba la devolución inmediata del menor y la resolución de la Audiencia Provincial fuera contraria a la devolución es indudable que tendría una dificultad práctica importante en su ejecución, que también se debe ponderar, sin perjuicio de que aun si concurriera el hecho de la devolución se tendría que pronunciar sobre el fondo del asunto (STC en el recurso de amparo 129/1999).

**Otro Recurso posible: EL AMPARO ANTE TC**

Además del recurso de Apelación sobre el fondo de la cuestión, ya expuesto, con carácter excepcional solo se puede interponer Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Solo puede interponerse una vez, después de que este resuelto el Recurso de Apelación.

El Tribunal Constitucional puede acordar la suspensión del Auto que acuerda la devolución del menor, si por las circunstancias que concurren lo considera de interés para el menor, tanto del Auto dictado por en primera instancia como en segunda instancia, o del que se dictará en ejecución, para ello es necesario un pronunciamiento previo en este sentido, fundamentando las razones por las que lo acuerda, y que se realiza en el Auto de admisión a trámite del Tribunal Constitucional.

**Una solución práctica y que no retrasaría en exceso la devolución del menor es la de fijar la fecha de la entrega del menor después de transcurrido el plazo de los veinte días que tiene la Audiencia para resolver la apelación.**

### 3. La ejecución propiamente dicha. Funcionamiento:

1.- Existe un plazo establecido para la ejecución cuando en la propia resolución judicial se fija este plazo, y se concreta el día de la entrega del menor, o del plazo voluntario para su entrega.

Por ello es muy importante que en la resolución judicial se concreten con claridad estos extremos.

En caso de no constar especificados en la resolución judicial, se ha de solicitar su ejecución al mismo Tribunal, y solicitando que se concrete todos los extremos, si no se cumple voluntariamente.

2.- No es habitual conceder un plazo determinado para el cumplimiento voluntario de la resolución que acuerda la restitución del menor, hay que tener en cuenta que la parte lo ha podido hacer desde que se le requirió para la entrega del menor y se le notificó la solicitud de restitución que se ha formulado ante los Tribunales.

3.- Hay posibilidades legales de adoptar Medidas de carácter cautelar para evitar que escondan al menor, o se trasladen con el a otro país, ... etc, desde el principio del procedimiento, tanto antes de que se dicte la resolución judicial, como una vez dictada hasta su ejecución.

Las Medidas que se pueden adoptar siempre han de tener un carácter cautelar y provisorio, y serán relativas a la custodia del menor, y a la imposibilidad de que se le traslade a otro Estado, y a cualquier otra medida que el Juez estime necesaria y conveniente para el menor, para preservarle de cualquier peligro.

Se pueden acordar por el propio Juez de oficio, o a petición de la Autoridad Central, el Ministerio Fiscal o las partes, solicitante y contra quien se dirige.

4. La sustracción de un menor es un delito penal, se pueden ver involucrados las partes, la Autoridad Judicial civil y penal, el Ministerio Fiscal, y la Policía.

5. Cuando la ejecución ha sido iniciado, las partes pueden solicitar todas las Medidas que estiman de interés, y es el Juez quien tiene la competencia para adoptarlas, y establecer los mecanismos de control de los mismas, encargándolo al personal colaborador: psicólogo, y Trabajador social fundamentalmente, o a cualquier otro organismo o entidad, por ejemplo notificando al colegio donde estudia el menor la nueva situación, dando la orden de que el menor no pueda salir del país, ingreso del menor en un Centro Público dependiente de la Entidad Pública, ...etc.

6. Se pueden acordar Medidas Cautelares previas, de carácter económico, como la caución de una cantidad como garantía de que no se realizará ninguna actuación indebida, o de carácter personal sobre el propio menor, como las citadas anteriormente.

También se puede requerir al progenitor o persona que tiene al menor de las consecuencias penales que una actuación contraria a lo acordado en la resolución judicial tendría. Las medidas coercitivas penales se adoptaran únicamente en el ámbito penal, por el Juez competente si hay causa para ello, e incluye la detención del posible autor del delito

7. Las Medidas coercitivas o su aumento en la intensidad de las mismas, han de ser adoptadas específicamente por la Autoridad Judicial competente conforme a las normas penales.

8. Estas medidas tanto las penales como las civiles, que se han de adoptar en interés del menor, pueden ser solicitadas y acordadas fuera del horario de oficina o en día festivo, en los Juzgados de Guardia, que permanecen las 24 horas del día abiertos en todo el territorio nacional.

### V. MECANISMOS ALTERNATIVOS AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN CH 1980

Hemos de tener presente —como Abogados, y como Juzgadores, en definitiva como todo actor implicado en cuestiones de Derecho de Familia— la vital importancia que tiene, por la especialidad de la materia, el asesoramiento tendente a posibilitar el diálogo entre la pareja evitando actitudes beligerantes que en nada benefician la situación de los hijos, ni a tampoco a los propios intereses de la pareja.

Esta cuestión es harto más importante, si cabe, en aquellas parejas en las que el elemento de extranjería pueda llevarnos a sospechar la posibilidad de una SIM.

Con la SIM se pretende dañar al otro progenitor, sin duda ello deriva de los propios instintos viscerales que surgen a la luz en los procesos de ruptura, y que han de saber controlarse, en primer lugar por la simple regla de la convivencia en sociedad que implica el respeto por “el otro” y en segundo lugar por la estabilidad emocional del menor.

Reitero por tanto la VITAL IMPORTANCIA DEL MECANISMO QUE ES LA MEDIACIÓN FAMILIAR tanto:

- Como mecanismo de solución de problemáticas familiares previas a la ruptura, así como para un satisfactorio desenlace de la ruptura que no suponga un perjuicio para el menor o menores implicados en el mismo
  - o Así, de este modo, el tercero imparcial que es el mediador no ejercerá como psicólogo sino como mero observador / moderador permitiendo que sea la pareja la que encuentre el camino del diálogo y procurando oír las motivaciones y sugerencias de los hijos afectados.
  - o Sin lugar a dudas esta es la solución más conveniente para superar el trance que supone una ruptura.
  - o Igualmente, dicho mecanismo nos ha de ayudar en casos de posteriores fricciones derivadas del ejercicio de la patria potestad (que no desaparece con la unión marital pese a que algunos lamentablemente lo crean...), siendo mecanismo igualmente adecuado para solventar cuestiones relativas a alimentos, gastos escolares, etc. (fase de ejecución sentencias)

En este sentido, sólo mencionar que el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (en adelante ICAB), como corporación representativa de la Abogacía barcelonesa, ha apostado, desde hace algunos años —desde 2002— por la promoción de dicho sistema alternativo a la vía contenciosa —habiendo creado el Centro de Mediación Familiar del ICAB al servicio de los ciudadanos que lo soliciten— siendo que se presenta como un eficaz instrumento de solución de controversias familiares.

- Sólo mencionar un dato al respecto: Según el informe ICAB sobre el estado de la Justicia del año 2007 las mediaciones han aumentado desde la creación del servicio



siendo que la ciudadanía demanda más este servicio sobre materias relativas a custodia, régimen visitas, ejercicio patria potestad, alimentos...<sup>6</sup>

## VI. MEDIDAS DEFINITIVAS POSTERIORES A LA SENTENCIA

Resulta imprescindible instaurar dichas medidas:

1.- Y en este sentido resulta muy importante comentar la leve tendencia que comienza a darse en la fijación, por parte de los Tribunales, de la CUSTODIA COMPARTIDA entre ambos progenitores.

Cito al respecto la Sentencia APBcn de 20.02.07, en la que el Juzgador concede la custodia compartida en interés del menor y de su propia estabilidad emocional, pues es el bien a salvaguardar, aún sin que los progenitores hubieren solicitado la misma.

Este es el tipo de actuaciones que los Tribunales han de tomar. Los Jueces no han de ser únicamente "bocas de ley" han de examinar (para ello tienen la posibilidad de oficio de proponer pruebas) la situación y han de valorar las ventajas y los inconvenientes de cada opción posible, acordando lo más adecuado desde su postura de Juzgador, y ello, pese a que —como en este caso— los padres no lo hubieren solicitado (quizás porque están más preocupados por lastimarse entre ellos que por el bienestar de su hijo...)

2.- Si la custodia se acuerda concederla a uno de los dos progenitores, el Juzgado deberá procurar en dicho caso ESTABLECER MEDIDAS DE PREVENCIÓN ANTE UNA HIPOTÉTICA SUSTRACCIÓN por parte del progenitor no custodio, o incluso ante una SUSTRACCIÓN SORPRESIVA

Y DICHAS MEDIDAS, A ESTABLECER POR CADA ORDEMANIENTO ESTATAL PUEDEN SER DE ÍNDOLE MUY VARIADA

- Mencionar en este sentido la "Guía de Buenas Prácticas. Tercera Parte (elaborado en el Seno de la Conferencia de La Haya) y en la que se ofrece un amplio abanico de medidas al respecto que en países parte del Convenio se siguen y que les da resultado, así como propuestas desde el Seno de la Conferencia a fin de invitar a los estados miembros a la reflexión sobre la conveniencia de su implementación en los ordenamientos internos.

## MUESTRARIO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN

- Documentos de viaje
  - » Formulario de consentimiento firmado por ambos padres
  - » Pasaporte menores (independiente de progenitor)
  - » Consentimiento ambos progenitores expedición
    - Escocia
    - EEUU Ley 2 julio 2001 exige consentimiento ambos si menor de 14 años
    - Israel: hijo de divorciados sólo consigue pasaporte si ambos progenitores consienten
  - » Emisión visados para menores como mayor garantía y con consentimiento ambos progenitores
    - Islandia (además exige que uno de los progenitores viaje con el menor)
- Controles Fronterizos
  - Necesidad de control de la documentación viaje
  - Adoptar normas administrativas que permitan a las fuerzas y cuerpos de seguridad la detención e interrogatorio
  - Caso fronteras abiertas (Zona Schengen) controles más exhaustivos
  - Utilización nuevas tecnologías (ej pasaporte biométrico, conexión telemática registros...)
    - Australia à lectores automáticos pasaportes
- Exigencias a los transportes comerciales aire/mar
  - » Cooperación en control documentación viaje
  - » Caso Finlandia existe tal cooperación

Todas estas medidas lo son de prevención pero **Y QUÉ OCURRE EN LOS CASOS EN QUE LA SUSTRACCIÓN SE HA PRODUCIDO?**

- Sustracción del menor efectiva
  - ¿dónde ha ido?
  - Dificultades de localización. Variedad posibilidades
    - » Desaparición total con movimientos frecuentes
    - » Penetración en zonas de difícil control
    - » Radicación determinada en un Estado con posibilidad de comunicación...

En estos casos y antes de iniciar el procedimiento establecido en CH 1980... la premisa fundamental es la LOCALIZACIÓN DEL MENOR SUSTRADO

Y en este sentido, entiendo importante destacar la necesidad de coordinar esfuerzos entre las fuerzas de seguridad de los diferentes estados a fin de establecer un trabajo común en la localización de los menores sustraídos

<sup>6</sup> Página 115 a 120 del Volumen I del Informe sobre la Justicia del ICAB 2007.

Cuando un menor desaparece de su residencia habitual puede resultar que el otro progenitor no sepa ni tan siquiera el destino o bien lo sepa pero no pueda comunicarse con el menor, etc, el abanico de posibilidades es amplio

**EN ESTE SENTIDO SERÍA RECOMENDABLE ESTABLECER MECANISMOS COMO:**

- 1.- Creación de un Centro Nacional de Desaparecidos
- 2.- La creación de un tipo específico en nuestro CP que regule el secuestro, lo cual facilitaría la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición
- 3.- Promover reformas legislativas que en materia civil permitan el establecimiento de una regulación sobre casos de desplazamientos
- 4.- O la Creación de un Registro de Guardas y Custodias à para aquellos casos de parejas en crisis de convivencia que potestativamente deseen inscribir los datos de sus hijos a fin de evitar sustracciones por parte de cualquiera de ellos. Se trataría de un registro no accesible por terceros sino sólo para las fuerzas de seguridad
- 5.- Estrechar las medidas de control en los puestos fronterizos formando a los funcionarios en medidas de detección de casos de SIM
- 6.- Y por último: FACILITAR LA INTERVENCIÓN COORDINADA DE LOS CUERPOS POLICIALES TANTO ESTATALES COMO INTERNACIONALES (Interpol)

**7. INCONVENIENTES Y CONCLUSIONES SOBRE EL SISTEMA**

Tras el breve repaso del sistema convencional que rige el tema de la SIM cabe preguntarse si éste es eficaz o adolece de ciertos defectos o problemáticas...

1.- Resulta obvia que la heterogeneidad del panorama regulador de la SIM no favorece a la eficiente actuación de las autoridades en los casos planteados, habida cuenta que tenemos: Tratados Internacionales Multilaterales, Bilaterales y Normativa Europea lo cual genera un esquema normativo ciertamente caótico

La cuestión es la ya tradicional reflexión: Cada Estado es soberano y no es posible regular cuestiones como la que hoy nos planteamos, que exceden del ámbito estrictamente interno, mediante la imposición de normas imperativas, pues no existe base jurídico-política para ello, dado que el instrumento tradicionalmente concebido para arbitrar un consenso internacional es el de los Tratados internacionales.

2.- Derivado de la utilización de dicho instrumento jurídico surgen una serie de problemas:

Dado que se trata de un mecanismo convencional, resulta inevitable la discusión de los estados parte sobre el alcance (dentro de su ordenamiento jurídico de las obligaciones derivadas de la firma del convenio...)

De ahí que se formulen reservas, excepciones "de orden público" (tradicionalmente invocadas por los estados parte para huir de la aplicación de ciertos aspectos convencionales) o incluso excepciones expresamente previstas en el mismo texto del tratado...

Pero ¿existe quizás un abuso de dichos mecanismos?

Por suerte en el ámbito de la SIM no todo es tan negativo, quizás por la importancia del tema tratado, que engloba importantes derechos fundamentales y tiene a la Infancia como eje vertebrador de la materia, se ha procurado limitar las reservas y excepciones convencionales. Así el CH 1980 y 1996 limitan las **reservas** a dos: la reserva idiomática (posibilidad subsidiaria de traducción documentos) y la reserva relativa a no asumir la gratuidad del procedimiento.

Dos reservas que, ciertamente podríamos calificar como prescindibles y que generan numerosos inconvenientes a la aplicación efectiva del convenio.

Y respecto a las **excepciones** convencionales (que recordemos que el CH 1980 establece en su artículo 13 para evitar el retorno del menor), y que, como ya hemos argumentado al hablar del procedimiento, son fuente de argucias procesales para evitar la operatividad del espíritu del convenio..., han quedado limitadas por el Convenio de Bruselas II bis, que las modera en su texto al indicar que si el estado requirente acredita haber adoptado medidas de prevención no cabrá la excepción.

Ciertamente en este sentido Bruselas II bis ha procurado limitar el efecto negativo del CH 1980 à no obstante se trata de un convenio surgido en el seno de la UE y que opera intracomunitariamente.

Por tanto sería recomendable extender la eficacia de dicha limitación a las excepciones convencionales más allá del ámbito europeo.

Otra cuestión polémica es la relativa a la agilidad y eficacia del sistema a nivel interno de cada Estado:

- Cabría preguntarse sobre la agilidad de las ratificaciones
- O una vez ratificado el convenio, la efectividad de las AC (autoridades centrales) que no son creadas o cuya efectividad se pospone a fecha posterior.
  - o Caso español anteriormente comentado: ratificado CH 1980 no existía efectividad alguna de la AC pues no existía procedimiento específico creado al efecto, así España fue objeto de numerosas advertencias desde la Conferencia de La Haya hasta que en 1996 adoptó un procedimiento (LEC 1881).
- Incluso la existencia de medios materiales y personales de los que la AC ha de estar dotada para su eficacia. Sería recomendable así que antes de proceder a la adhesión de cualquier estado al mecanismo convencional se exigiera una memoria explicativa de las dotaciones económicas y organizativas previstas para la creación de la AC.
- O el profundo conocimiento, tanto de Magistrados como por parte de los Abogados del Estado, sobre el Convenio aplicable (volvemos a destacar que en España no existen Jueces especializados), este desconocimiento genera retrasos y dilaciones en el desarrollo del pleito.
- Y finalmente una cuestión sobre la que quizás no se tiene suficiente conciencia: la necesidad de difundir mediante los medios de comunicación al alcance la existencia de mecanismos para la defensa de sus derechos a las víctimas de SIM. Existe Internet como eficaz herramienta al efecto para que los Ministerios competentes informen a través de la página web gubernamental, o las ONG's, sindicatos, asociaciones familiares, etc.

En definitiva, todas estas mejoras deseables obedecen a una cuestión política. La eficacia convencional adolece de graves inconvenientes de carácter político, esa "doble moral" que caracteriza a los Estados, ese deseo de estar presente en la firma de convenios pero de restarles eficacia una vez han de arbitrase los mecanismos necesarios para su operatividad (ya sea por la vía que sea, mediante reservas, no dotación de medios, no creación de los órganos necesarios para el funcionamiento, etc).

Efectivamente aún resta mucho camino por andar.

**sección de procesal**



## El recurso de apelación y la segunda instancia

**Antonio Alcalá Navarro**  
Magistrado de la AP de Málaga

Esta ponencia no tiene como objeto el desarrollo del recurso de apelación desde una perspectiva teórica, sino una aproximación eminentemente práctica y, por ende, más útil para el profesional del Derecho, desde el prisma de los criterios de aplicación de las normas relativas a la segunda instancia por la Audiencia Provincial de Málaga.

Transcurridos ya unos años desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se van formando unos criterios, algunos de ellos muy controvertidos y otros más pacíficos, que en esta ponencia se quieren sistematizar.

## I. NATURALEZA DEL RECURSO DE APELACIÓN.- SU CARÁCTER ORDINARIO Y DEVOLUTIVO

Define el Profesor Prieto-Castro el recurso de apelación como aquél cuya finalidad es someter al examen de un tribunal superior el negocio decidido en primera instancia, cuando el recurrente estima que la resolución en la misma dictada le reporta un perjuicio (gravamen), por no haber estimado en absoluto o en parte las peticiones que en tal instancia hubiese formulado.

Nuestro sistema procesal se rige por el principio de la doble instancia, la evidencia de la falibilidad humana nos lleva a la determinación de una doble instancia en absolutamente toda clase de procedimientos, por lo que su admisibilidad sin ningún tipo de presupuesto o requisito previo le confiere el carácter de ordinario, y su desarrollo en una doble instancia el de devolutivo, posibilitando la corrección de errores en los que se hubiera podido incurrir en la función jurisdiccional, mediante la posibilidad en cualquier caso de una segunda instancia.

Es un problema clásico si el conocimiento de los asuntos por la jurisdicción ha de ser único o reiterado, esto es, si ha de existir unidad o pluralidad de instancias, habiéndose resuelto en la actualidad a favor de la pluralidad, pero reduciéndose ésta a una doble instancia en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos de las distintas naciones.

No obstante, dentro de este sistema de doble instancia podemos distinguir dos maneras distintas de entender la apelación:

a) Una apelación plena en la que el tribunal al que se le encomienda recibe, *ex novo*, todos los materiales probatorios y jurídicos de la primera instancia, más cuantos ulteriormente se pudieran aportar en la segunda, pudiendo contar el órgano superior con elementos para tomar su decisión con los que no contó el de primera instancia, siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso.

b) Una apelación limitada al examen y crítica de la actividad ya desarrollada anteriormente por el inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas, salvo supuestos excepcionales, produciéndose en este caso, más que una segunda instancia, una "alzada" al órgano superior para que vuelva a ver (revisar) unos hechos, pruebas y motivación jurídica que no se han producido ante él, entendiendo el Profesor Prieto-Castro que realiza el órgano de apelación una actividad indirecta y mediata respecto del material de la otra instancia.

En nuestro Derecho positivo, la apelación asume este último carácter; es una apelación limitada o recurso de alzada con ciertas concesiones al llamado *ius novorum*; no es en absoluto un segundo juicio, ni siquiera teniendo en cuenta las posibilidades que el artículo 460 de la L.E.C. da a la prueba en la segunda instancia.

No obstante se conserva la denominación "**segunda instancia**", por su rancia tradición en nuestra terminología jurídica, y aunque la apelación sea limitada, la función del tribunal

superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen.

Como dice el Profesor Montero Aroca, citando a Gómez Orbaneja, el tribunal de apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación aritmética, sino que la hace otra vez con los mismos datos.

Este derecho a la doble instancia se reconoce con carácter general en nuestro Derecho positivo, habiendo desaparecido la única excepción a ese principio general con la derogación de la vieja Ley de 1881, que mantuvo desde la reforma del artículo 732 de dicho texto legal producido por la Ley 10/92, de 30 de abril, que las sentencias dictadas en los juicios verbales a los que se referían el artículo 715 del texto derogado, no serían susceptibles de recurso de apelación cuando hayan resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito.

El carácter devolutivo del proceso se proclama en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dice que "*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación*".

En consecuencia, puede considerarse el recurso de apelación no tanto como un nuevo juicio sobre los hechos y el Derecho, como, fundamentalmente, un procedimiento revisor destinado a verificar si ha existido error en esos dos aspectos de la resolución controvertida, y cuya finalidad no es sustituir una valoración probatoria por otra, sino comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos. En ese sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2003, que establece que por el recurso de apelación pasa al órgano superior ante el que se interpone la plena jurisdicción sobre el caso, no sólo en lo que se refiere a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba.

## II. LAS DOS FASES EN LA APELACIÓN.- ANTE EL JUZGADO Y ANTE LA AUDIENCIA:

Una de las principales novedades de la vigente Ley procesal es que, frente a lo que ocurría en la regulación anterior en la que el Juzgado se limitaba a tener por interpuesto el recurso de apelación remitiendo las actuaciones a la Audiencia tras el simple anuncio de la apelación, en la actual existen dos fases, una ante el Juzgado de Primera Instancia, en la que el control del órgano se limita a aspectos puramente formales, y otra ante la Audiencia que es ante quien van dirigidos los escritos y quien habrá de valorar el contenido de los mismos.

La segunda instancia se inicia desde que el recurso de apelación se prepara mediante el escrito de preparación del recurso contra el auto o la sentencia dictada en la primera instancia, teniendo una doble fase, la primera ante el mismo órgano que dictó la resolución, y otra segunda ante el que he de resolver el recurso.

Tramitación del recurso:

### 1. Ante el Juzgado de Primera Instancia (o en su caso de Paz)

Aunque el tribunal competente sea el superior (Audiencia Provincial o, en su caso, el de Primera Instancia cuando la resolución recurrida procede del Juzgado de Paz), la nueva Ley atribuye aún más facultades al tribunal *a quo*, el que dictó la resolución, en la tramitación del recurso:

#### 1º Preparación del recurso:

- *Lugar y plazo*: Dispone el artículo 457.1 L.E.C., que el **recurso de apelación** se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne, dentro de los **cinco días** contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (o, en su caso, desde la aclaración de la resolución o de la denegación de aclaración, según el artículo 448.2).
- *Requisitos del escrito de preparación*: Dice el artículo 457.2 L.E.C., que en el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna.

#### 2º Admisión del recurso: (artículo 457.3,4 y 5)

El propio órgano que dicta la resolución resuelve, atendiendo a la recurribilidad de la resolución y a su preparación dentro de plazo si:

- admite a trámite por providencia el recurso, teniéndolo por preparado y emplazando a la parte recurrente por **veinte días** para que lo interponga, conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes.
- deniega su admisión a trámite mediante auto, contra al que únicamente cabe recurso de queja.

Contra la providencia en la que se tenga por preparada la apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de la Ley.

#### 3º Interposición del recurso:

Dentro del plazo de **veinte días** concedido en la providencia que admite a trámite al recurso, teniéndolo por preparado, el apelante habrá de interponer la apelación ante el propio tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida (artículo 458.1 L.E.C.).

El escrito de interposición deberá venir fundamentado, conteniendo todas las alegaciones, tanto de fondo como de forma, que desarrollen la impugnación de los expresos pronunciamientos que quedaron designados en el escrito de preparación.

El artículo 459 de la L.E.C. contiene algunos requisitos especiales que contendrá la fundamentación del recurso cuando la apelación lo sea por infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, y que son:

- Deberá citar el apelante en su escrito de interposición, las normas que considera infringidas, y alegará, en su caso, la indefensión sufrida.
- Deberá acreditar, asimismo en dicho escrito, que denunció oportunamente en aquella instancia, si hubiere tenido oportunidad para ello, la referida infracción.

Si el apelante no presentare el escrito de interposición en el plazo señalado de **veinte días**, se declarará por el Juzgado **desierto** el recurso de apelación, firme la resolución recurrida, e impondrá el apelante las costas de los recursos si las hubiere.

En este mismo escrito el apelante deberá pedir la prueba en segunda instancia, cuando lo considere procedente, y se aportarán con él los documentos que se encuentren en los su-

puestos previstos en el artículo 270 de la Ley y que no se hayan podido aportar en la primera instancia.

#### 4º Oposición al recurso e impugnación de la sentencia:

Dice el artículo 461.1 L.E.C. que del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por **diez días** para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso, o en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

El plazo es el mismo, **diez días** desde el traslado del escrito de interposición, tanto si se limita a oponerse al recurso como si impugna también la resolución apelada, lo que técnicamente comporta la adhesión al recurso.

Los requisitos para el escrito de oposición, con o sin adhesión, son los mismos que se exigen para el escrito de interposición, fundamentación, acompañamiento de documentos y petición de prueba, además de las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por la parte apelante (artículo 461.2 y 3 L.E.C.).

#### 5º Traslado al apelante y eventual oposición a la adhesión:

Es novedad de la Ley 1/2000, recogido en el artículo 461.4, que el escrito de impugnación por adhesión se da traslado al apelante principal para que, en idéntico plazo de **diez días** que se había dado para la oposición al recurso, manifieste lo que estime conveniente sobre la adhesión realizada, que constituye una verdadera apelación.

Es perfectamente posible que más de una de las partes preparen el recurso de apelación en los cinco días desde la notificación de la sentencia. En ese caso se trata de apelaciones todas ellas principales, y así se habrán de tramitar, pues en caso contrario la preclusión del plazo de interposición del primer apelante produciría el perezimiento del recurso, que se declarararía desierto, sin darle oportunidad de mantenerlo al segundo o tercer apelante.

#### 6º Remisión de las actuaciones al tribunal que habrá de resolverlo:

Dispone el artículo 463.1 de la L.E.C., que interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación (y eventual contestación a la impugnación), el tribunal que hubiere dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación.

No es preciso esperar un plazo determinado para que la parte apelada que obtuvo una sentencia de condena a su favor, susceptible de ser ejecutada provisionalmente, pueda instar esta ejecución, pero si ya lo hubiera hecho, dado que el plazo para ello comienza desde que le sea notificada la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación, quedará en primera instancia testimonio de lo necesario para llevar a cabo dicha ejecución.

El principio devolutivo del proceso, que desplaza la competencia hacia el tribunal superior privando de ella al que dictó la resolución, no es óbice para que pueda en cualquier momento hasta que devenga firme la resolución, pedir la ejecución provisional ante el Juzgado, después de haberse remitido las actuaciones al tribunal competente para resolver la apelación, debiendo obtener previamente para ello el solicitante los testimonios de lo que fuera preciso para ello, tanto si se encuentran los autos en la Audiencia Provincial, como si lo estuvieran en el competente para un posterior recurso extraordinario por infracción procesal o de casación (artículo 463.2 de la L.E.C.).

## 2. Ante la Audiencia Provincial (o en su caso el Juzgado de Primera Instancia si el recurso proviniera del Juzgado de Paz (artículo 464 L.E.C.)

1º Recepción de los autos y admisión de pruebas y documentos:

En la nueva regulación de la apelación, el trámite de admisión del recurso y la formalización con la posibilidad de declararlo desierto, ha pasado al tribunal que dictó la resolución.

La actuación procesal del tribunal *ad quem* habrá de limitarse a decidir en el plazo de diez días sobre la admisión de nuevos documentos, si éstos se hubieran aportado, o sobre la proposición de prueba, si unos u otra se hubieran acompañado o solicitado en el escrito de interposición del recurso.

### III. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO

Dispone el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *las partes* podrán interponer los recursos previstos en la ley, contra *las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente*, de lo que se deducen los dos requisitos necesarios para que exista legitimación para ello:

- uno, que sea parte, aunque no haya estado personado en la primera instancia, puede personarse precisamente para recurrir,
- y otro, que la resolución le afecte desfavorablemente en su parte dispositiva.

No cabe la apelación sobre pronunciamientos que se realicen con simple valor de *obiter dicta* en los fundamentos de derecho o en la relación de hechos, aunque en ellos se contengan razonamientos que determinen el fallo que ha de dictarse. Si el litigante ha vencido en la contienda no puede apelar, aunque lo haya sido por argumentos distintos a los argüidos por el interesado, y en ese sentido es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992, que dice que *“si el actor venció en la instancia entonces no puede apelar, dado que carece de gravamen o perjuicio”*.

### IV. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO

A diferencia de la anterior Ley de 1881, en la que bastaba la invocación genérica de que *la sentencia no era ajustada a derecho y resultaba perjudicial para los intereses del apelante*, en el sistema de la nueva Ley se exige que se prepare e interponga ante el órgano inferior, fundamentando ante él los motivos de disconformidad con la resolución apelada, solución que ya se había adoptado con anterioridad para el trámite escrito que se daba a los recursos de apelación en los Juicios Verbales y de Cognición. La consecuencia es que se trae el principio dispositivo al recurso, quedando firmes todos aquellos pronunciamientos que no hayan sido cuestionados en los recursos o, en su caso, en las impugnaciones que se hagan a la sentencia en los escritos de contestación al recurso, y en ese sentido dice el artículo 465.4 de la Ley de enjuiciamiento Civil, que la sentencia que se dicte en la apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos planteados en el recurso y en los escritos de impugnación.

## V. CONSECUENCIAS DE NO OBSERVAR LOS REQUISITOS EN LA PREPARACIÓN DEL RECURSO

Decíamos que es el artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que marca dichos requisitos, que son, además del plazo de cinco días desde la notificación de la resolución apelada, tres:

- a) citar la resolución apelada,
- b) manifestar la voluntad de recurrir, y
- c) expresar los pronunciamientos que impugna.

La sanción por el incumplimiento de estos requisitos viene en el apartado 4 del propio artículo 457, el tribunal dictará auto denegando la apelación, contra lo que obviamente cabrá recurso de queja.

Además de estos requisitos, el artículo 449 del mismo texto legal establece el depósito o consignación de lo adeudado en tres casos especiales, a saber:

- los desahucios arrendatícios,
- la responsabilidad civil en la circulación,
- las cuotas impagadas a las comunidades de propietarios.

Si, no obstante faltar algún requisito, se admitiese a trámite el recurso teniéndolo por preparado el mismo, podrá ser objeto de impugnación en el trámite de oposición al recurso tras la interposición, pues contra la providencia teniéndola por preparada no cabe recurso alguno, según el apartado 5 del referido artículo 457.

Los trámites procesales son de orden público y, por tanto, sustraídos a la facultad dispositiva de la parte, por lo que puede el órgano de alzada, incluso de oficio, declarar mal admitido el recurso por ausencia de los requisitos exigidos para ello por la ley procesal, no obstante los criterios de las Audiencias Provinciales no han sido pacíficos en ese extremo, pudiendo sintetizarse las posturas en las tres siguientes:

- a) Un primer sector entiende que, aunque en el escrito de preparación del recurso no se recojan los requisitos indicados, deberá ser admitida a trámite la apelación por ser irrelevante, ya que se van a concretar después en el escrito de interposición, bastando su anuncio de una forma genérica.
- b) Un segundo sector que permite, en base al principio *pro actione* reconocido en materia de recursos por la jurisprudencia constitucional, la subsanación del defecto cometido en la formulación del escrito de preparación del recurso de apelación, y
- c) Un tercer sector partidario de la inadmisibilidad del recurso sin posibilidad de subsanación. Este último criterio es el que sigue en la Audiencia de Málaga en base a que las otras interpretaciones irían en contra de la norma procesal cuando exige la necesidad de la preparación con unos determinados requisitos, siendo el artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tajante en cuanto a su exigencia.

El escrito de interposición debe ajustarse a los puntos que se propusieron en el escrito de preparación, no admitiéndose ninguna alegación que no obedezca exactamente al objeto del recurso, concretado en su escrito de preparación, debiendo existir una exacta correlación entre los pronunciamientos que se citen como recurribles en el escrito de preparación del recurso y los que posteriormente sean desarrollados en el escrito de interposición, siendo inadmisibles que en este último de amplíen los señalados como objeto del recurso en el anterior.

## VI. EMPLAZAMIENTO Y PERSONACIÓN

El artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contemplaba en su redacción original el emplazamiento de las partes ante la Audiencia Provincial, siendo introducida esta modificación por la Disposición Final Tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, que establece que el Juzgado de Primera Instancia ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días, planteándose a partir de entonces qué consecuencia acarrearía la falta de personación ante la Audiencia en el referido plazo, si carecería de trascendencia, como hasta entonces venía sucediendo, o si debería declararse desierto el recurso, siendo ésta última la tesis que va prevaleciendo a partir del Auto del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2004, que deniega el amparo frente a un Auto de la Audiencia de Badajoz que declara desierto un recurso de apelación por la no personación de la parte apelante en el plazo de 30 días, lo que es seguido por la Sala Primera del Tribunal para el recurso de casación en Autos de 17 de mayo y 7 de junio de 2005, deduciéndose este efecto de la literalidad del precepto, del contexto normativo del mismo y del hecho de ser tradicional en nuestro ordenamiento jurídico procesal la declaración de desierto el recurso caso de no personarse la parte recurrente en el plazo predeterminado legalmente ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo.

El problema, como siempre, se plantea en el plano eminentemente práctico pues, si bien cuando el Procurador es de la capital y puede actuar tanto ante el Juzgado como ante la Audiencia por estar en la misma sede donde el Procurador tiene su residencia, bastará con presentar escrito de personación ante la Sala, si el Procurador tiene su residencia en un partido judicial distinto del de la sede de la Audiencia, obliga la personación a requerir los servicios de un nuevo Procurador distinto del que actuó en la primera instancia, a otorgarle poder notarial pues el apoderamiento *apud acta* obligaría al litigante a desplazarse a la sede de la Audiencia para realizarlo ante el Secretario de la Sala, todo para no realizar otra actuación que la simple personación notificándosele el día de la votación y fallo y luego la sentencia, teniendo que compartir sus honorarios en las costas de la alzada con el Procurador que ante el Juzgado realizara la preparación del recurso y su interposición.

## VII. IMPAGO DE LA TASA JUDICIAL

Otro problema es el que plantea, en virtud de lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, con arreglo al que en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, constituye hecho imponible de la tasa la interposición del recurso de apelación, devengándose la misma en el momento de la preparación del recurso, y como en el propio artículo 35 se previene como sanción a su incumplimiento el que el Secretario Judicial no dé trámite al recurso, salvo que dicha omisión fuese subsanada en diez días, el problema se plantea cuando la Audiencia, tras remitirle el Juzgado las actuaciones para resolver el recurso, detecta la ausencia del pago de la tasa, existiendo dos posibilidades:

- a) Declarar mal admitido el recurso y firme la sentencia, por vulneración de dicha normativa reguladora que, por su naturaleza pública, es de derecho necesario.

- b) Ante el enfrentamiento entre el deber de pago de la tasa y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, optar por este último como principal que es, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional que se pronuncia denunciando la falta de proporcionalidad entre el objetivo que persigue la norma tributaria, el cobro de un impuesto, y el modo como éste opera, de manera que no puede afectar a la relación jurídico-privada controvertida en el proceso el deber estrictamente tributario, que vincula al ciudadano con el Estado, de pagar una tasa, de manera que la única consecuencia del impago será que el órgano jurisdiccional comunicará a la Administración Tributaria la existencia del documento sin liquidar.

Esta segunda posibilidad es la que se ha venido a imponer, apoyada en la propia Orden de 24 de marzo de 2003, que aprueba el modelo de autoliquidación de esta tasa, y que tras prever un trámite de subsanación, establece en su artículo 6.4, que si no subsanare la omisión del pago de la tasa, el Secretario Judicial lo comunicará en el plazo de cinco días a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya demarcación radique la sede del órgano judicial, teniendo este organismo administrativo los medios adecuados para hacer que la obligación fiscal se cumpla sin comprometer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

## VIII. SOLICITUD DEL RECIBIMIENTO A PRUEBA

Analizaremos seguidamente, de forma separada, la prueba en la apelación, que viene regulada en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Casos en que pueden incrementarse el material probatorio en la segunda instancia:

- a) Podrá acompañarse al escrito de interposición del recurso, así como al escrito de oposición y a los de impugnación y eventual oposición a la misma, sin necesidad de pedir el recibimiento a prueba, los escritos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 de la L.E.C. y que no hayan podido aportarse en la primera instancia, a saber:
  - 1º Los que sean de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubieran podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.
  - 2º Cuando se trate de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.
  - 3º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que se hubiese hecho la designación o el anuncio a que se refiere el artículo 265 de la L.E.C.
- b) Se podrá pedir en el escrito de interposición del recurso la práctica de las pruebas siguientes:
  - 1º Las indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiera intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista. En estos supuestos existe una diferencia sustancial según si se trata de un juicio verbal o un ordinario, pues en el primer caso dispone el artículo 446 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contra la resolución por la que se deniegue un medio probatorio sólo cabe formular protesta, mientras que en el



segundo deberá interponerse contra dicha denegación recurso de reposición, y si es desestimado se formulará la oportuna protesta.

- 2º Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiese solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. Es importante destacar como la jurisprudencia viene pronunciándose en el sentido de que la pasividad o negligencia de la parte en el cumplimiento de la prueba no puede ser recompensado con una nueva oportunidad en la segunda instancia, siendo preciso que, si se trata de un juicio ordinario, la parte haya instado, como requisito necesario para que el tribunal la pueda acordar según el artículo 435.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su práctica como diligencia final.

Estos dos supuestos constituyen realmente una subsanación de los defectos sufridos en la actividad probatoria de la primera instancia, bien a causa del Juez que se equivoca al resolver sobre su admisión, bien por cualquier error en su tramitación imputable a alguien distinto del propio solicitante.

- 3º Las que se refieren a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

No se trata aquí de documentos nuevos sobre hechos antiguos, ni de subsanar defectos del proceso ocurridos en primera instancia, sino de hechos que ocurren con posterioridad al trámite probatorio y ha de ponerse en relación con lo dispuesto con el artículo 286 de la L.E.C., sobre la existencia de hechos nuevos o de nueva noticia y el escrito de ampliación de hechos, que puede tener lugar también en la segunda instancia por medio de la apelación.

- 4º Por último, recoge este mismo artículo 460, que el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no la sea imputable, se hubiera personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Es la característica propia de este último caso que la nueva Ley, a diferencia de la anterior, no le basta que el demandado haya permanecido rebelde hasta quedar precluido el trámite de prueba, sino que su situación de rebeldía se deba a una causa que no le sea imputable, y no a una decisión libérrima entre las distintas actitudes que podía adoptar frente a la demanda.

En este caso la posibilidad que se abre para el apelante es muy amplia, pues abarca cualquier medio probatorio conducente a acreditar cualquier hecho que guarde relación con la tutela judicial que pretenda obtener en el proceso, sin que se vea constreñida a prueba concreta o hecho determinado, siendo una verdadera continuación del proceso en segunda instancia ante la imposibilidad de haberse realizado en la primera.

Si el órgano de alzada acordara recibir el procedimiento a prueba, señalará día para la vista que se celebrará por las normas previstas para el juicio verbal, esto es, a presencia del tribunal y quedando registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial.

Fuera del caso en que proponga prueba y sea declarada pertinente, el tribunal no viene obligado a convocar a las partes a vista, aunque éstas se lo soliciten si no lo considera necesario.

Se plantea el caso dudoso de si debe celebrarse vista en aquellos casos previstos en el artículo 460.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que el tribunal declare pertinente la aportación de prueba documental, lo que debe resolverse en sentido de la innecesariedad en este caso si no se ha propuesto y admitido otra prueba, según se deduce del artículo 464.1 del mismo texto legal en el que se recoge la disyuntiva entre *si se hubiere aportado nuevos documentos o propuesto prueba*, estableciendo la obligación de señalar día para la vista cuando hubiere de practicarse prueba, pero no si únicamente se hubieran aportado nuevos documentos.

## IX. DISFUNCIONES EN LA GRABACIÓN

La necesidad de que se documenten las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, a que se refiere el artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, provoca un nuevo problema cuando por problemas técnicos no pueden ser vistas ni oídas por el tribunal que ha de resolver el recurso, y el acta levantada por el Secretario no recoge datos suficientes sobre el contenido del acto en cuanto a las alegaciones de las partes y el resultado probatorio, limitándose a consignar únicamente las circunstancias identificativas de los intervinientes en el acto, remitiéndose a la grabación realizada.

El problema no es tanto la validez o no del acto de la vista, celebrado con la intermediación del Juez y la intervención de las partes con una contradicción plena, de lo que da fe el Secretario, sino la imposibilidad de que la Audiencia Provincial pueda conocer del contenido de las alegaciones y del resultado de las pruebas, recogidas en un soporte que ha fallado técnicamente de manera que no se puede reproducir, problema que se agudiza según se acentúa el carácter verbal del contenido del proceso, pues no es igual un juicio ordinario con demanda y contestación por escrito y sobre todo si, además, sus argumentos se apoyan en una prueba esencialmente documental, que si se trata de un juicio verbal en el que la contestación se realiza oralmente en el acto del juicio, y si además la prueba se realiza a través de testigos y del interrogatorio de las partes, pues en el primer caso no es esencial la visión del soporte y en el segundo sí, incluso para la determinación del objeto del proceso; y tampoco es indiferente el planteamiento que se haga en el recurso, pues si las partes están esencialmente de acuerdo con los hechos y lo que plantean a la Sala es una cuestión jurídica, no es lo mismo que si lo que se debate en la alzada es una cuestión de valoración de la prueba y ésta no obra en las actuaciones por haberse practicado en el acto de la vista.

A la Sala no le cabe en ocasiones otra alternativa que declarar nulidad de actuaciones para poder tener conocimiento de lo actuado, y si no puede hacerse con una copia válida de la grabación, y tampoco le resulta posible dictar sentencia resolviendo lo que le piden las partes en el recurso, habrá de remitir las actuaciones al Juzgado para que la provea de una vista que pueda ser visualizada por el órgano de alzada y son dos las decisiones que los Juzgados suelen adoptar, entendiéndose las dos igualmente válidas dependiendo su elección de la que resulte más operativa:

- a) Celebrar una nueva vista, que es lo que suele ser más usual; el inconveniente es la falta de espontaneidad de parte, testigos y peritos, haciendo sus manifestaciones sabiendo cual fue la resolución que el Juez adoptó valorando sus intervenciones.
- b) Convocar a las partes a una comparecencia y tratar de reconstruir con intervención de todos, lo ocurrido en la vista cuya grabación se ha perdido.

En cualquier caso, este problema se podría evitar si el Secretario recogiera en el acta, aunque fuera de modo sucinto, el resultado de lo que fuera sucediendo en el transcurso del juicio.

## X. CONSIGNACIONES

Este requisito adicional, al que antes nos hemos referido, y que es exigido por la Ley en casos especiales, no constituye realmente un formalismo desproporcionado ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues trata de tutelar los derechos del que ha visto reconocido su derecho frente a los intentos de contrario de dilatar la satisfacción de su derecho con recursos cuya finalidad es meramente dilatoria.

El primero de los supuestos que contempla la Ley procesal en su artículo 449.1, son los procedimientos que lleven aparejado el lanzamiento, si al preparar el recurso no acredita cumplidamente tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadamente. Su finalidad es la de asegurar el derecho del arrendador frente a la tentación del arrendatario de utilizar la vía del recurso para seguir disfrutando del inmueble arrendado sin abonar renta o merced.

Los términos del artículo 449.2 de dicha Ley son claros, debiéndose ante la falta de pago de las rentas que se vayan devengando durante la tramitación del recurso, declarar desierto el mismo en el estado en que se hallaren.

Esta obligación abarca incluso al beneficiario de justicia gratuita, pues la exención de pagos para recurrir se refiere a las que se imponen a favor del Estado, pero no a los que afectan al derecho privado del arrendador.

Otro de los supuestos en los que se exige consignación son los procedimientos de determinación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, siendo en estos casos regulados por el artículo 449.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la totalidad de los conceptos que determina la norma, el importe de la condena, los intereses y las costas, y de no hacerse en su integridad deberá inadmitirse el recurso con carácter insubsanable, dado el carácter material y no formal del requisito, pues si se permitiese su cumplimiento posterior infringiría la ley que lo establece como un requisito simultáneo y no posterior a la presentación del recurso.

El tercero de los supuestos es cuando se trate de reclamaciones de cuotas comunitarias, no se admitirá el recurso si al acreditarlo no acredita el condenado tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia objeto del recurso de apelación.

Queda claro que en este caso la cantidad a consignar es solamente por la cantidad líquida que se exprese en la sentencia condenatoria, no por las cuotas devengadas con posterioridad a la presentación de la demanda.

## El sistema de recursos en el ámbito civil. Especial referencia al recurso de reposición y de queja

**Jordi Nieva Fenoll**  
Profesor titular de Derecho Procesal  
Universitat de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema de recursos vigente en España parece un tema cerrado. La doctrina fundamentalmente se ocupa de la regulación de la casación<sup>1</sup>, se encarga además en parte de la apelación, pero no se ha referido demasiado<sup>2</sup> a los recursos de reposición y queja<sup>3</sup>, salvo lógicamente en la manualística y comentarios<sup>4</sup>. Con todo, parece que es pacífica la aceptación del modelo y no se escuchan voces en contra de este esquema de recursos en el proceso civil.

No tiene sentido, por tanto, que este trabajo se centre en la casación, ni siquiera en la apelación, como podría ser previsible. Pero sí que parece conveniente poner en cuestión el modelo de resolución de dichos recursos, y además poner en tela de juicio la problemática, bastante soterrada, que plantean los recursos de reposición y queja. Todo ello porque el esquema de dos instancias más casación, en los términos actuales, es claramente mejorable en el mundo de hoy en día, por más aceptación que haya recibido en el pasado y por más consolidado que parezca el modelo. Y por otra parte porque los puntos problemáticos de los recursos de reposición y queja se observan en la práctica, muy dispersa en este sentido, pero no han alcanzado demasiado ni a la doctrina ni a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que la orientación que una u otra podrían otorgar no existe en la medida que se encuentra en otras materias.

Comenzaremos por poner en cuestión, por tanto, en términos amplios, el sistema de recursos del proceso civil español, incluyendo en dicho sistema a los recursos de reposición y queja. Finalmente descendaremos a la explicación de los inconvenientes concretos que plantean estos dos recursos.

## II. EL SISTEMA DE RECURSOS. CRÍTICA

Pese a las complicaciones que plantea la existencia del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, el sistema de recursos en el proceso civil es ciertamente mucho más simplificado que el que habían existido antaño<sup>5</sup>. Sin embargo, es muy deficiente la regulación de medios de impugnación que actualmente posee el proceso penal

español en el procedimiento ordinario, que tiene un desorden y contradicciones que algún día debería pensarse en superar de una vez.

Pero centrándonos en el proceso civil, cabe decir que el sistema de recursos existente a día de hoy podría cambiar y ser incluso más simple. Y es que el esquema no es óptimo. Todo el mundo parece haber aceptado sin discusión que sólo pueda apelarse —salvo excepcionalmente— de las sentencias, que la apelación de una sentencia pueda durar un año o más, que en la misma se haya suprimido la oralidad, y que jurisprudencialmente se esté restringiendo cada vez más la crítica a la valoración de la prueba con el pretexto de la falta de inmediación del tribunal *ad quem*, pese a que nos hallamos, al menos teóricamente, en una segunda instancia. Con ello parece que los tribunales de apelación desean poseer, *de facto*, una versión renovada de la restricción a las cuestiones de derecho en cuanto a su cognición, que ya ha sido muy reiteradamente desautorizada incluso para los tribunales de casación.

Y en cuanto a la casación, visto desde fuera pareciera que el sistema es sostenible tardando el Tribunal Supremo hasta 8 años en decidir, o planteando restringir al máximo la admisión de recursos para tratar de conseguir que en un futuro, ojalá que no muy lejano, se reduzcan drásticamente estos tiempos de resolución.

También parece haberse aceptado sin demasiada discusión que el recurso de reposición no sea la mayor parte de las veces un auténtico recurso, sino un simple aviso al juez de la instancia. Y, por último, aparentemente hemos aceptado la regulación —y existencia— de un recurso de queja que posee un procedimiento muy anticuado —sobre el que después se reflexionará— y que no permite, en realidad, acudir directamente al órgano *ad quem*.

Vamos a ver las bondades o deficiencias de todo lo indicado, empezando con los recursos existentes contra las sentencias.

### 1. Sistema de recursos contra sentencias

Empezando por los recursos contra sentencias, es obvio que algo está fallando cuando se evidencia que tanto los magistrados de las Audiencias como los del Tribunal Supremo<sup>6</sup>, están concibiendo restricciones a su cognición con el evidente —y probablemente legítimo— ánimo de reducir su volumen de trabajo. Está demasiado extendida la llamada “dictadura del ponente” en nuestros tribunales colegiados, salvo en algunos casos dudosos en los que se celebran auténticas deliberaciones. Por añadidura, cada vez se entra menos en los errores probatorios denunciados por el recurrente en la sentencia de instancia, y de seguir las cosas por este camino, en lugar de mantener que nuestro sistema es de doble instancia más casación, habrá que acabar afirmando que nuestro proceso es de instancia única más dos recursos extraordinarios, los de apelación y casación, lo que es evidente que es contrario a la voluntad del Legislador y, en cuanto a la apelación, probablemente sea un auténtico disparate.

Pareciera que el problema es que los abogados no tienen más deseo que el de recurrir de forma desenfadada, y que los magistrados no pueden sino intentar frenar esa tendencia con el único medio del que disponen por sí solos: la jurisprudencia. Y planteadas las cosas en esos términos, cabe preguntarse si habrá que hacer más caso a los magistrados y estrechar

<sup>1</sup> Vid. por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, RJCat, 2001, pág. 1135 y ss. NIEVA FENOLL, Jordi, *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003. AGUILERA MORALES, Marien, *Los recursos extraordinarios: casación, extraordinario por infracción procesal, en interés de ley y queja*, Tribunales de Justicia, 2001, nº 11, págs. 15 y ss. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Cizur Menor 2004.

<sup>2</sup> Con algunas excepciones: RIVES SEVA, José María, *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2004. MONTERO AROCA/FLORS MATÍES, *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, 2005. BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid 2000.

<sup>3</sup> ANDRÉS CIURANA, Baldomero, *La preparación de los recursos civiles y la queja: ¿inexistencia de contradicción o contradicción diferida?*, La Ley, 19.1.2007.

<sup>4</sup> Aparte de los que citaré después, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ / MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil, parte general*, Valencia 2005, págs. 375 y ss. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, Madrid 2000, págs. 483-484.

<sup>5</sup> Vid. Nov. Rec., Libro XI, Título XX a XXIII.

<sup>6</sup> No otra finalidad tiene la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo desarrollada tras los criterios de 12-12-2000, que desafortunadamente fueron confirmados en su punto más conflictivo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 150 y 164/2004).

el camino a los recursos, o bien habrá que escuchar más a los abogados y abrir dicho camino sin dar oportunidad a excusas jurisprudenciales que lo cierren paulatinamente.

En este contexto tiene sentido preguntarse por la necesidad de existencia de un recurso de apelación, si lo cierto es que aunque exista, muchísimas veces no se pueden poner en tela de juicio los errores probatorios del juzgador de instancia, lo que equivale a disponer en la ley un recurso que, en realidad, no es útil en la extensión que debiera serlo. Y no se diga que el tribunal *ad quem* no puede corregir aquello que no ha visto, como suele decirse con la enorme mayoría de la valoración probatoria, dependa o no de la inmediación<sup>7</sup>. Un tribunal de apelación está en perfectas condiciones de volver a valorar la prueba. Tiene a su disposición todo el material de los autos, inclusive la grabación de la vista. Y dispone además de una sentencia —la recurrida— que expresa en su motivación el razonamiento probatorio.

Pues bien, si todo eso es así, incluso tratándose de una prueba testifical, no se ve por qué motivo —que no sea la lucha contra la sobrecarga de asuntos— no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de dicha prueba, si el tribunal dispone documentalmente —en soporte multimedia— de la declaración del testigo, pudiendo volver a verla incluso, y además tiene a su disposición también las razones de la convicción del juez *a quo*. Y esto en una prueba que ciertamente depende de la inmediación para su eficacia en primera instancia, aunque no así para su revisión en la segunda, perfectamente controlable tras el primer examen del juez que tomó la declaración y la revisión de la motivación de ese examen que engendró su juicio probatorio. Y si esa motivación falta, lo que debe hacer el tribunal *ad quem* es revocar la sentencia, pero no escudarse en la falta de inmediación.

Pero supongamos que en el fondo de la actitud de las Audiencias existiera algo de razón sistemáticamente desatendida, y que en buena medida pudiera explicar la actitud del Tribunal Supremo también. Aunque suene a tópico, la realidad es que los tribunales colegiados están desbordados, y además no trabajan en las debidas condiciones para cumplir su misión. Me explicaré.

Para el volumen de Juzgados de primera instancia y de lo mercantil que existen, el número de magistrados de las Audiencias es muy escaso<sup>8</sup>. Se tarda menos tiempo en revisar un proceso de primera instancia que en celebrarlo, ciertamente, y se suele demorar también menos en elaborar la sentencia de segunda instancia que la de la primera, porque no es lo mismo acercarse a un caso por primera vez, que revisar la actuación de quien ya ha trabajado el caso. Para que la *revisio prioris instantiae* tenga el debido rigor y efectos positivos de la colegialidad, es imprescindible que los tres magistrados tengan presente a la vez el caso concreto. Esto es, sin perjuicio de la labor preparatoria del ponente, debe celebrarse una vista en la que los magistrados puedan cambiar impresiones con los Letrados, a fin de que dicha

audiencia no se convierta en un diálogo de sordos, que es en lo que se convierten muchas de las pocas vistas que aún se celebran.

En estas condiciones, teniendo en cuenta la cantidad de recursos que se interponen, el número de magistrados de las Audiencias debería aumentar respecto del actual. Y si fuera cierto que se practica en todos y cada uno de los casos la colegialidad en la deliberación, el número de dichos magistrados debería incluso duplicarse, dado que el sistema actual funciona porque el resto de magistrados que forman sala acostumbran a suscribir sin demasiada discusión los proyectos de sentencia de cada ponente. Pero si no fuera así, realmente faltaría mucho tiempo y serían necesarios muchos más recursos humanos para poder cumplir su misión en un plazo incluso semejante al que hoy invierten.

Imagínese la cuestión transpolada al Tribunal Supremo. En ese órgano jurisdiccional no puede aumentarse demasiado el número de magistrados, a riesgo de que se produzcan discrepancias en la jurisprudencia que la desautoricen completamente. Con ello, lo que se encuentran los magistrados del Tribunal Supremo es un volumen de trabajo ciertamente incontenible, que bien parece —aunque no siempre sea así— que aumenta día tras día. Y es que lo cierto es que, en su composición numérica actual, no pueden hacerse cargo de un recurso de casación que, realmente, cumpla su misión de orientación de la jurisprudencia menor, satisfaciendo además, como es debido, el derecho del litigante.

Todo ello se traduce en un panorama sin sentido alguno. En una especie de engaño no deseado en realidad por nadie y en el que, además, nadie parece querer pensar realmente, salvo con respecto al Tribunal Supremo, que ha sido, desde hace decenios, blanco de la enorme mayoría de críticas derivadas de este sistema de funcionamiento. Nos hallamos ante una situación en la que ante la sentencia de primera instancia existe formalmente una segunda instancia, pero que es lenta y además no revisa realmente todo lo actuado (pese a que la ley no dispone restricción alguna), por lo que deja de ser una segunda instancia. Y tras ella disponemos —aunque en muchos casos sólo sea en la ley— de un recurso de casación. Pero dicho recurso es cada vez más ilusorio con la jurisprudencia altísimamente restrictiva de la admisión desplegada por el Tribunal Supremo desde 2001<sup>9</sup>.

Es decir, la ley dispone recursos. Pero en la práctica muchas veces lo cierto es que no existen, o son inútiles, pese a las intenciones del legislador, lo que se traduce en una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por cierto, por denegación del derecho a los recursos legalmente establecidos con excusas que, aunque lo niegue tácitamente el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>, lo cierto es que no están en la ley.

Lo que cabe cuestionarse ante esta realidad es si tiene sentido el mantenimiento de este clásico esquema de recursos, del que disponemos hace tanto tiempo, o al menos de la forma de afrontar y tramitar dichos recursos. Cabría pensar en si las cosas pudieran hacerse de otro modo, porque lo cierto es que no podemos aumentar el número de magistrados en el Tribunal Supremo si deben desempeñar su función nomofiláctica con coherencia. Y tampoco podemos aumentar desmesuradamente el número de magistrados de las Audiencias, porque el gasto público, en tiempos de crisis o de opulencia, no lo va a consentir jamás.

<sup>7</sup> La excusa de la falta de inmediación tiene su origen en Alemania (vid. HENKE, Host-Eberhard, *Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?* ZZP, 81. Band, Heft. 3-4, 1968, págs. 323 y ss), y encontró especial acogida en el proceso penal, donde ha tenido su reconocimiento incluso desde antiguo por el propio Tribunal Constitucional (vid. actualmente STC 36/2008, FJ 5). No obstante, no deja de ser una excusa, aunque jurídicamente muy bien construida, que la doctrina, aunque con controversia, ha puesto en tela de juicio en múltiples ocasiones, y que de hecho provoca tremendas insatisfacciones prácticas que se reflejan en multitud de recursos. Vid. por todos MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona 1997, pág. 605.

<sup>8</sup> En Barcelona, por ejemplo, hay 58 Juzgados de Primera Instancia y 6 de lo mercantil. En cambio, Secciones de la Audiencia solamente hay 21, y que se ocupen de lo civil solamente 11.

<sup>9</sup> Examinó dicha jurisprudencia en NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003, págs. 185 y ss.

<sup>10</sup> Vid. SSTC 150/2004 y 164/2004.

Quizás resulte de alguna utilidad saber cómo empezó todo. El sistema de instancias no se creó de abajo a arriba, sino más bien de arriba a abajo<sup>11</sup>. En comunidades pequeñas es planteable la existencia de un solo juez, pero cuando la comunidad se va ampliando, el Juez no tiene más remedio que delegar en jueces inferiores, y estos a su vez en otros. Así se fueron creando los sistemas judiciales conforme los jefes de las comunidades fueron agrandando sus territorios y no podían hacer frente a la resolución de todos los pleitos que se les plantearan. De hecho, fijémonos en que el sistema se desarrolló negando completamente la independencia de los Jueces inferiores, al considerarlos simples delegados<sup>12</sup>. Es por ello, por cierto, por lo que el sistema se sigue asemejando a una estructura jerárquica, pese a que ya no lo sea.

Han existido algunos intentos doctrinales y legislativos de hacer desaparecer, al menos en parte, el recurso de apelación<sup>13</sup>. Y también el recurso de casación<sup>14</sup>. E incluso ambos recursos de forma conjunta para los asuntos de pequeña cuantía<sup>15</sup>. Pero no parece que la solución enfocada a crear un sistema rápido y eficaz deba pasar por una abolición de la posibilidad de

revisar las sentencias dictadas en primera instancia. Al contrario, debe seguir existiendo dicha posibilidad que favorece la neutralización de los juicios de valor de los juzgadores<sup>16</sup>.

Poner en cuestión absolutamente todo el sistema en este momento carecería de sentido. En primer lugar por su arraigo y también, no hay que negarlo, por su funcionalidad si existieran los debidos medios. Por ello, parece procedente sentar unas bases para una futura reforma del sistema, que serían las siguientes:

1.- El sistema debe prever la posibilidad de que sean revisados todos los juicios de primer grado, sea cual fuere su cuantía o importancia. En este sentido no serían precisos cambios con respecto al sistema actual.

2.- Cualquier sistema jurisdiccional debe contar con un órgano superior a todos que esté muy pendiente de la voluntad del legislador —que no de su propia voluntad—, recordando y actualizando dicha voluntad en cada caso concreto de forma orientadora para todos los jueces inferiores.

3.- Las reformas para que el sistema sea funcional no deben ser legales, o no solamente legales, sino orgánicas, pero no en el sentido de que cambien radicalmente las estructuras, sino propiciando maneras de trabajar que hagan que el sistema sea eficiente.

4.- Un sistema en el que un ciudadano no tiene una respuesta definitiva y firme a su problema en menos de un año, no es un sistema eficiente.

Para conseguir que todo el sistema se ponga en funcionamiento de manera que los procesos en su doble instancia más casación concluyan en un año, hace falta cambiar los hábitos de trabajo. Con respecto al Tribunal Supremo ya hice hace un tiempo una propuesta<sup>17</sup>, consistente en separar los asuntos reiterativos de los complejos, reservando los primeros a una Sala con pluralidad de magistrados sometidos a una estricta vinculación al precedente, y los segundos a los magistrados actualmente existentes. Formulé la propuesta teniendo en cuenta que según testimonio de muchos magistrados de los tribunales de casación europeos, el número de asuntos complejos no suele superar el 5% del volumen anual. A dicha propuesta me remito.

Con respecto al recurso de apelación, es mucho más difícil discriminar los asuntos difíciles de los sencillos, al representar la segunda instancia el primer examen que se realiza tras la sentencia de primer grado. Por ello no puede aplicarse el mismo criterio. En el caso de los tribunales de apelación creo que deberían explotarse al máximo las virtudes de la oralidad, que quizás entorpecen en ocasiones los trámites en la primera instancia, pero que los simplifican en la segunda. El recurso de apelación debe abrirse con un escrito razonado de interposición, contestado con un escrito, también razonado, de impugnación. Tras ellos debe celebrarse una vista ante un tribunal de tres miembros. Obsérvese que, salvo en cuanto a la vista, no son precisas en este caso modificaciones procedimentales, sino que, simplemente, deben volver las vistas en la apelación del proceso civil.

La vista debiera durar un máximo de una hora, participando activamente con sus preguntas los magistrados, aunque teniendo en cuenta que no todas las vistas tienen que durar una hora y que, además, las partes ya habrán realizado sus alegaciones en sus escritos, y ahora

<sup>11</sup> Es ciertamente curiosa la lectura del Éxodo, 18, 13-22, en este sentido: "13 Al día siguiente, Moisés se sentó y dictó sentencia sobre los problemas de los israelitas, los cuales estuvieron todo el día de pie delante de él. 14 Al ver lo que Moisés estaba haciendo con ellos, su suegro le dijo: ¿Qué es lo que haces con esta gente? ¿Por qué solamente tú te sientas, y todos ellos permanecen en pie todo el día? 15 Moisés le contestó: Es que el pueblo viene a verme para consultar a Dios. 16 Cuando tienen dificultades entre ellos, vienen a verme, para que yo decida quién es el que tiene la razón; entonces les hago saber las leyes y enseñanzas de Dios. 17 Pero su suegro Jetró le advirtió: No está bien lo que haces, 18 pues tú te cansas y se cansa también la gente que está contigo. La tarea sobrepasa tus fuerzas, y tú solo no vas a poder realizarla. 19 Escucha bien el consejo que te voy a dar, y que Dios te ayude. Tú debes presentarte ante Dios en lugar del pueblo, y someterle esos problemas. 20 A ellos, instrúyelos en las leyes y enseñanzas, y hazles saber cómo deben vivir y qué deben hacer. 21 Por lo que a ti toca, escoge entre el pueblo hombres capaces, que tengan temor de Dios y que sean sinceros, hombres que no busquen ganancias deshonestas, y a unos dales autoridad sobre grupos de mil personas, a otros sobre grupos de cien, a otros sobre grupos de cincuenta y a otros sobre grupos de diez. 22 Ellos dictarán sentencia entre el pueblo en todo momento; los problemas grandes te los traerán a ti, y los problemas pequeños los atenderán ellos. Así te quitarás ese peso de encima, y ellos te ayudarán a llevarlo".

Y resulta curioso porque de ese mismo modo se ha construido la estructura jurisdiccional actual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera análoga a lo que ocurrió en aquellos tiempos remotos. Primero se creó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Cuando no se pudo hacer cargo de todos los asuntos se creó el Tribunal de Primera Instancia. Y actualmente existen ya las Salas Jurisdiccionales, en algunos asuntos, como tribunales de primer grado, habiendo quedado el Tribunal de Primera Instancia como un tribunal de segundo grado de jurisdicción en los asuntos de los que conocen las salas jurisdiccionales. Vid. NIEVA FENOLL, *El sistema de recursos en la Jurisdicción Comunitaria, tras el Tratado de Niza*, La Ley, 2.1.2003.

<sup>12</sup> Ello lo confirman varias normas antiguas. Vid. Nov. Rec., Libro XI, Tit. I, Ley I.

<sup>13</sup> Vid. al respecto PERROT, Roger, *Le principe de double degré de juridiction et son evolution en droit judiciaire privé français*, en: "Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman", Vol. III, Giuffrè, Milano 1979, págs. 1971 y ss.

<sup>14</sup> MOLINA GALICIA, René, *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Caracas 2008, págs. 51 y ss.

<sup>15</sup> Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y a través de una reforma de 30-4-1992, se suprimió el recurso de apelación en las controversias de valor inferior a 480 euros (80.000 pesetas) basadas en derechos de crédito, modificándose de ese modo el art. 732 de la antigua Ley.

<sup>16</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Del recurso de casación*, en: "La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal)", Madrid 1993, pág. 285.

<sup>17</sup> Vid. NIEVA FENOLL, *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la "unificación de doctrina". Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro derecho*, La Ley, 4.1.2006.

lo único que tendrán que hacer en la vista será aclarar las dudas de los magistrados, tras una brevísima réplica y contrarréplica entre apelante y apelado. No sería en absoluto descartable que los magistrados, incluso, expusieran su opinión provisional sobre el caso, precisamente para que las partes tengan la oportunidad de rebatirla. Eso siempre es mejor para el derecho de defensa que permanecer en silencio.

En cualquier caso hay que dejar atrás, como decía, la antigua imagen de las vistas en las que el Juez no es más que un silente observador. Los magistrados deben conocer el caso y, por ello, sin perder en absoluto su imparcialidad, deben interpelar a los Letrados en los puntos dudosos, sobre todo teniendo en cuenta que sus alegatos ya se realizaron en los escritos de interposición e impugnación y que, por tanto, no es preciso que los Letrados hagan una exposición extensa de sus argumentos, ya conocidos por el tribunal.

Teniendo en cuenta esta forma de celebración de la vista, bastante novedosa pero mucho más eficiente, en una hora un asunto podría estar con la vista concluida y deliberado, lo que propicia que cada sección podría celebrar entre 3 y 4 vistas aproximadamente al día. Se habrían de dedicar 4 días de la semana a la celebración de vistas, y uno a la redacción de las sentencias, y habría que reducir la motivación a lo concluido por la sala en cuanto se discrepe de lo dicho en la sentencia de primera instancia, acogiendo con mayor facilidad los alegatos de los recurrentes cuando sean aceptables, sin necesidad de repetir con otras palabras lo que ya ha dicho un Letrado.

De ese modo, una sola sección cada semana podría concluir con sentencia unos 15 casos, lo que da una *ratio* de productividad de unos 60 casos al mes, y unos 660 al año, calculando la cantidad siempre por debajo para favorecer que puedan resolverse debidamente asuntos complejos. Teniendo en cuenta que actualmente cada sección resuelve unos 800 casos al año<sup>18</sup>, es obvio que para reducir los tiempos de resolución actuales (en torno a un año de demora), debería aumentar significativamente la planta de las Audiencias.

Pero ello habría de pasar por una realidad que a buen seguro va a sorprender al lector, pero que es cierta a poco que se medite despaciosamente sobre el asunto. El sistema propuesto obliga a que existan más magistrados en apelación que en primera instancia. Sin embargo, esa es una constatación ignorada sistemáticamente hasta el momento, pero es lógico que sea así teniendo en cuenta que un solo órgano jurisdiccional provincial, que debe formar sala colegiadamente, debe hacerse cargo de todas las apelaciones de todos los juzgados de una provincia. Se ha partido de la base de que en los tribunales de apelación debía haber menos magistrados que en los juzgados, aunque ello sea consecuencia, en realidad, de que el sistema se desarrolló de arriba abajo, como ya se dijo anteriormente. Pues bien, si se quiere que bajen los tiempos de resolución en las Audiencias habrá que admitir que esa realidad tendrá que cambiar. Y si se piensa que no es económicamente viable (aunque en materia de presupuestos generales del Estado todo sea una cuestión de prioridades), habrá que asumir que el problema nunca va a resolverse debidamente.

Los números que he expuesto son aproximados, y no exactos, puesto que las cifras exactas es sencillo consultarlas en las estadísticas judiciales, y en este caso lo más conveniente es dibujar el criterio general, al margen de los vaivenes anuales de las estadísticas, para for-

mar la planta judicial más conveniente, que es en lo que menos se piensa habitualmente. La conclusión alcanzada sería, insisto, que hay que aumentar de manera muy relevante la planta de las Audiencias. Si así se hace, el sistema propuesto será claramente sostenible, aunque sea lógicamente más caro que el existente actualmente. Pero es que con los mimbres actuales, por muchas reformas de las leyes procesales que se hagan poco o nada se resolverá, salvo restringiendo drásticamente la admisión de recursos, lo que nunca es deseable.

## 2. Sistema de recursos de reposición y queja

El sistema de recursos de reposición y queja es mejorable en el proceso civil español. Para darse cuenta de ello hay que captar correctamente la finalidad de dichos recursos.

El recurso de reposición, en realidad, no es más que un aviso al juzgador, normalmente antes de que dicte sentencia, de que ha cometido un error<sup>19</sup>, a fin de que lo corrija y no vicié el resto del procedimiento. Quizás no tenga sentido que se produzca la burocracia procedimental<sup>20</sup> que actualmente genera un recurso de reposición teniendo en cuenta, insisto, que no es más que eso, un simple aviso al Juez, que se convertirá en un alegato importante en la apelación si no fue atendido, y siempre que se formulara con seriedad.

Por otra parte, tampoco tiene sentido reducir las oportunidades de reposición a que se haya emitido concretamente una resolución judicial. En cualquier momento debería ser posible presentar un escrito al Juzgado advirtiendo de una actuación errónea, como se dispone, aunque sólo para la fase de ejecución, en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 562.1.3<sup>o</sup>). O como sucede en Alemania con la llamada *Gegenvorstellung*, que es un medio de impugnación jurisprudencial, ni siquiera previsto en la ley<sup>21</sup>. Como mucho se puede limitar el plazo para presentar dicho escrito, a fin de favorecer que el Juez pueda rectificar rápido y que las partes no se reserven tácticamente argumentos. Pero poco más. Probablemente el escrito debiera ser más informal que actualmente, al estilo de un alegato oral en una vista. Y pese a que el uso de este tipo de escritos no esté previsto en la ley salvo, como acabamos de ver, en el periodo de ejecución, su uso debiera generalizarse, como ocurre con frecuencia en la práctica. Y tales escritos, aunque es imprescindible que tengan una respuesta del Juez, quizás esta no debiera, salvo casos excepcionales, implicar una motivación tan compleja como la de cualquier auto, puesto que es impropio que se trate como un recurso algo que, reitero, no pasa de ser un simple aviso. El escrito que estoy proponiendo no es una petición en sentido estricto, sino algo más que una mera protesta que se formule en una vista.

Por ello, del escrito, lógicamente, habrá que dar traslado a la parte contraria para que diga, si le interesa, lo que a su derecho convenga. Pero la respuesta del Juez debe ser, o bien la rectificación, o bien el mantenimiento de la postura judicial puesta en cuestión. En el momento de la resolución del recurso de reposición, como dije, la respuesta judicial podría ser más informal, ya que el momento de justificar de forma completamente cumplida lo decidido

<sup>19</sup> Por eso parte de la doctrina estima que la reposición es antes un "remedio" que un recurso. Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, cit. pág. 563.

<sup>20</sup> Reconoce la complejidad ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor 2007, pág. 495, aunque opta por el mantenimiento del recurso como tal. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, Barcelona 2008, pág. 1453, critica esta innecesaria complejidad con mayor contundencia.

<sup>21</sup> Vid. Sobre el mismo ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTFELD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, München, 2004, págs. 1035-1036.

<sup>18</sup> La cifra es de 2004 y manejo el dato de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió 8475 apelaciones en ese año, con 11 secciones. La estadística de ese año es la última accesible en la página del I.N.E., pero a efectos orientativos puede utilizarse perfectamente.



en ese recurso debiera ser el de la motivación de la sentencia, a fin de facilitar el recurso de apelación. Y es que parece algo excesivo que un recurso de reposición, tal y como vamos a ver, deba tener requisitos como la formularia cita de la infracción (a veces no se trata de infracciones, sino de simples errores materiales). O incluso que su admisión o inadmisión deba generar una providencia para decir lo obvio: que tras la presentación de esa reposición el resto de partes pueden decir lo que a su derecho convenga en un plazo, lo que es algo puramente elemental si se tienen presentes los tres principios esenciales del proceso: dualidad de partes, audiencia e igualdad de partes.

En consecuencia, lo lógico sería que en cuanto le fuera remitido a la contraparte el escrito de reposición, sin más trámites (ni siquiera a través de una diligencia de ordenación que diga lo que la ley ya dice), la contraparte ya supiera que tiene la posibilidad de contestar a dicho escrito. Con ello se eliminarían, además, los problemas que actualmente está causando el cómputo del plazo para contestar el escrito de interposición del recurso de reposición, dependiendo de si se cuenta el plazo desde la admisión del recurso, que es lo lógico, o desde que el procurador de la parte contraria hace entrega a su compañero de la pertinente copia del recurso, sin esperar a la admisión, que puede convertir en perfectamente baldío el trabajo realizado por la contraparte. Suprimiendo esta burocrática providencia de admisión, es obvio que el cómputo del plazo se produciría desde la entrega del escrito entre los procuradores.

También es innecesario, como vengo de decir, que el Juez deba perder su tiempo en la emisión de un auto *strictu sensu* para resolver una reposición, porque ello sobrecarga su trabajo y aumenta, como dije, la burocracia de la oficina judicial en un trámite que no merece tal complicación ni atención en ese momento, si el error finalmente no será corregido por considerarlo inexistente. Además, creo que es una ingenuidad<sup>22</sup> pensar que porque el Juez tenga que redactar un auto, someterá la cuestión a mayor reflexión, porque es muy fácil identificar en la práctica que esos autos no suelen tener, en absoluto, una cumplida motivación, sino que prácticamente se despachan siempre con el clásico e inveterado “no ha lugar”, tan inveterado que hasta se dice en castellano antiguo. De la forma que he propuesto, aumentará la comodidad para recurrir en reposición y también para resolver las reposiciones sin vulnerar sistemática y manifiestamente el mandato de motivación de las resoluciones judiciales, en los términos contenidos en el art. 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pasando al recurso de queja, aunque analizaré su parcialmente anticuada regulación a continuación, debe decirse ya desde ahora que, aunque sea una conclusión arriesgada que nuevamente pueda sorprender al lector, en mi opinión es un recurso que quizás no tenga el sentido que tuvo en otra época.

Analizando su procedimiento, debe partirse de la base de que el órgano *a quo* no debería poder decir nada en absoluto, en cuanto al fondo del recurso, acerca de la admisión de recursos contra las resoluciones que dicte, debiendo limitarse su misión al cumplimiento de los simples requisitos formales que la ley exija. Es un contrasentido permitir a un tribunal que disponga sobre la procedencia de las críticas a su labor, porque si tiene la posibilidad de impedir las, es muy posible que así lo haga, o al menos es psicológicamente factible pensar que

así puede suceder<sup>23</sup>. En cualquier caso, es contrario a la imparcialidad que un Juez tenga que decidir sobre la procedencia de un recurso contra su propia labor, porque es como si volviera a conocer de un proceso que ya conoció en anterior instancia, como dispone el art. 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Quien tiene que disponer de los recursos es el órgano *ad quem*, y ningún otro, y siempre de forma cuidadosa y sobre todo muy limitada, a fin de evitar que pudiera utilizarse la admisión como arma para descargarse de trabajo.

Si se atendiera a esa referida realidad en la que es absurdo, desde cualquier punto de vista, dejarle la opción al juez *a quo* de decidir sobre la admisión de los recursos sobre sus propias resoluciones, lo cierto es que el recurso de queja habría de tener un papel limitadísimo a casos de graves errores formales en la interposición. Estimo que puede seguir realizándose la tramitación de las alegaciones de los recursos devolutivos ante los tribunales de instancia, a fin de favorecer que las partes puedan seguir litigando con sus mismos procuradores, en caso de que se haya seguido el proceso ante un órgano jurisdiccional que no tenga su sede en el mismo lugar que la el órgano *ad quem*. Pero ello no puede servir como excusa para disponer oportunidades de inadmisión sobre el fondo en el órgano *a quo*, que se prestan a todo tipo de trabas para ejercer el derecho fundamental al recurso legalmente establecido.

Lo que sucede es que, en realidad, toda la mecánica del recurso de queja pertenece al pasado más remoto. Tenía sentido en la antigüedad que el órgano *a quo* hiciera de filtro para evitar que llegaran los recursos al órgano *ad quem*, porque el juez *a quo* carecía de independencia, como ya indiqué, y seguía las órdenes del superior. Por ello, era completamente lógico que el órgano superior encomendara al inferior esa labor que tanto trabajo podía restarle. Ciertamente, ello podía derivar en abusos del Juez *a quo* evitando los recursos. Pero como los tribunales superiores en todo caso podían avocarse discrecionalmente los procesos de los que estuviera conociendo un inferior<sup>24</sup>, no planteaba el menor problema que ese inferior órgano cargara con la labor de inadmisión.

Pero actualmente, habida cuenta de la independencia de todos los órganos jurisdiccionales, no tiene explicación razonable posible que puedan seguir planteándose las cosas de ese modo. Los países que han favorecido la admisión sobre el fondo ante el órgano *a quo*, entre ellos España o Alemania<sup>25</sup>, en mi opinión no han sido conscientes de esa realidad, porque en su ánimo únicamente estaba la voluntad de descargar de trabajo a los Tribunales Supremos, puesto que han dispuesto dicha admisión, interpretada de forma tan extensiva, exclusivamente a disposición de los tribunales de segundo grado.

Pero creo que se ha despreciado el hecho de que con ello se aumentan considerablemente los gastos para los litigantes y, de hecho, toda la burocracia jurisdiccional. Sucede que

<sup>23</sup> Explico en detalle esta postura en NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona 2007, págs. 94 y ss

<sup>24</sup> Vid. por ejemplo, lo que relata respecto de la Reial Audiència de Catalunya BOSCH, Andreu, *Summari index o epitome de los admirables, y nobilissims titols d'honor de Cathaluña, Rossello, y Cerdaña, y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminencies, llibertats, e immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*, Perpinyà 1628, pág. 278.

<sup>25</sup> Vid §543 ZPO. (1) *Die Revision findet nur statt, wenn sie 1. das Berufungsgericht in dem Urteil oder 2. das Revisionsgericht auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung zugelassen hat. (2) Die Revision ist zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Das Revisionsgericht ist an die Zulassung durch das Berufungsgericht gebunden.*

tras la inadmisión del órgano *a quo*, hay que seguir discutiendo ante el órgano *ad quem*, que además aumenta aún más su carga de trabajo con la resolución de los recursos de queja, perdiendo el tiempo su personal en la tramitación —e incluso en la resolución— de estos recursos, dejando de invertir esfuerzos en las sentencias de casación, que son las que verdaderamente engendran frutos de extraordinario valor para el ordenamiento jurídico.

Toda esa inútil y enojosa burocracia habría de evitarse accediendo directamente ante este último órgano, planteando el recurso de casación, y decidiendo el tribunal *ad quem* lo que sea menester, pero sin más trámites que en el fondo no son más que trabas a la tutela judicial efectiva. Con esta tramitación, como dije, cabría suprimir por completo el recurso de queja.

En fin, todo lo anterior, tanto lo tratado en el epígrafe anterior como en el presente, sólo tiene una explicación razonable si se piensa que el modo de funcionar de nuestros tribunales superiores no ha cambiado sustancialmente desde hace siglos. Y si ya en aquellas épocas su trabajo y retrasos provocaban múltiples críticas, actualmente, en un mundo acostumbrado a la eficiencia de las tecnologías de la información, no puede pretenderse que el ciudadano acepte alegremente que sus problemas no sean resueltos, de un modo u otro, con rapidez. Por ello, aprovechando que actualmente disponemos de medios técnicos que no pudieron ni soñarse en el pasado, como el escaneo de los autos o la comunicación telemática entre órganos jurisdiccionales, el traslado de las actuaciones de un órgano a otro, o la propia entrega de escritos al tribunal, debería ser muchísimo más fluida, como de hecho ya está empezando a practicarse desde la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en este sentido. Pero aún queda mucho por hacer, y el reto ahora mismo es aumentar decididamente la eficiencia de nuestros órganos jurisdiccionales. Todo lo expuesto no es sino un intento para tratar de colaborar en que así sea.

### III. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

El recurso de reposición es el medio de impugnación que cabe contra todas las providencias y autos no definitivos de cualquier órgano jurisdiccional (art. 451 L.E.C.). Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se suprimió el antiguo recurso de súplica —aún existente en el resto de procesos jurisdiccionales diferentes al civil— lo que fue muy acertado puesto que existía una inútil duplicidad procedimental para trámites sustancialmente idénticos.

La finalidad del recurso de reposición ya fue indicada anteriormente, por lo que no voy a reiterar ideas en relación con este tema. Simplemente debe indicarse, para que la exposición sea completa, que el recurso se interpondrá en el plazo de 5 días (lo que supuso una mejora en relación con el brevísimo plazo de 3 días que existía con la Ley de 1881), expresándose *“la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.”* (art. 452.1). Esa frase transcrita no es sino una evolución del tenor anterior de la norma de 1881, que exigía la cita expresa de precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>26</sup>, inconveniente que sólo insuficientemente había sido superado en ocasiones por la jurisprudencia.

<sup>26</sup> Art. 377 Ley de Enjuiciamiento Civil 1881. *“El recurso de reposición deberá interponerse dentro del tercer día y citarse la disposición de esta Ley que haya sido infringida. (...)”*.

En la actualidad basta con señalar dicha infracción, aunque como ya dije, es inútil que la ley exija la expresión de la infracción<sup>27</sup>. Y es que si no se localiza la infracción en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 24 C.E. dará una perfecta cobertura a cualquier infracción relevante, lo que evidencia la inutilidad de la cita exigida. Pero es que, además, en la línea ya señalada, la reposición de las actuaciones no debería abrirse solamente cuando se han producido “infracciones” en una resolución judicial, sino cada vez que haya acaecido algún error en alguna actuación del Juzgado, se haya concretado o no en una resolución judicial, incluso cuando la resolución es tácita, como suele ocurrir cuando se formulan preguntas en la prueba de declaración de parte y testifical<sup>28</sup>. De hecho, algo parecido a lo que propongo se dispone con respecto a las diligencias de ordenación, que son impugnables conforme a la tramitación prevista *“para el recurso de reposición”* (art. 224.3 L.E.C.)<sup>29</sup>. Con frecuencia se observa en la práctica una cierta desorientación para comunicar este tipo de errores al Juzgado, que suele ser salvada con la presentación de un “escrito” que no está previsto en la ley<sup>30</sup>, pero que suele ser admitido en la práctica. Quizás fuera ya hora de dar cobertura legal a esta práctica y unificar el trámite de unas y otras cuestiones, coincidentes en el fondo, para simplificar las cosas.

Incumpléndose el requisito del plazo, o el de la expresión de la infracción, se inadmitirá el recurso por providencia irrecurrible (452.2 L.E.C.), cuestión que ya fue criticada en su momento. Admitido el recurso de reposición, se dará traslado al resto de partes por plazo común de 5 días para la impugnación del recurso (art. 453.1 L.E.C.). Pasado ese plazo, el tribunal resolverá por auto irrecurrible (art. 453.2 y 454 L.E.C.). Sólo cabrá ya reproducir la cuestión al recurrir la sentencia. Se trata de un criterio acertado para evitar que existan reposiciones pendientes todavía de ulteriores recursos, como ocurre aún ahora en algunos procedimientos<sup>31</sup> y ocurría en todavía más ocasiones con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Siguiendo ese mismo criterio, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 suprimió también toda posibilidad de formular recurso de reposición contra el auto que resolvía el recurso de reposición, que en la práctica se había considerado posible en ocasiones.

El recurso no tiene efectos suspensivos en ningún caso. Así puede decirse que estamos ante un recurso que no tiene efectos ni devolutivo (lo resuelve el propio Juez que dictó la resolución recurrida) ni suspensivo (art. 451 L.E.C.). Todo ello es lógico, habida cuenta que se intenta evitar que ocurra lo que sucedía en el procedimiento medieval, que era suspendido a través de cualquier cuestión incidental<sup>32</sup>. Pero, con todo, debiera haberse previsto excep-

<sup>27</sup> Exigencia que se recuerda también en una frase del art. 562 con respecto a la fase de ejecución: *“infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución”*.

<sup>28</sup> Arts. 302, 303, 306 y 369 L.E.C.. En estos artículos se prevé una impugnación de las preguntas que, en realidad, podría ser perfectamente un recurso de reposición. La rapidez del trámite exige no desplegar toda la estructura procedimental de dicho recurso. Pues bien, esa misma sencillez es la que estoy proponiendo para el resto de cuestiones que actualmente son objeto de este lento y farragoso recurso de reposición.

<sup>29</sup> Sobre la defectuosa regulación legal y tramitación parlamentaria de este precepto vid. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, cit. pág. 566.

<sup>30</sup> Salvo, como se indicó, para la fase de ejecución en el art. 562.1.3º L.E.C..

<sup>31</sup> Vid. art. 736 L.E.C..

<sup>32</sup> Vbid. NIEVA FENOLL, Jordi, *EL proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña histórica*, Justicia 2005, nº 1-2, págs. 57 y ss.



cionalmente la posibilidad de que en algún caso el Juez pudiera efectivamente suspender el curso de los autos, porque en ocasiones resulta necesario.

Como estamos en un proceso por audiencias, entiendo que sería posible que el Juez utilizara cualquiera de las causas de suspensión o interrupción de vistas para suspender el curso de los autos. A tal efecto, como causa de suspensión habría de parecer las más recomendable la que establece la suspensión cuando así lo acuerden ambas partes (art. 188.3 L.E.C.). Pero lo cierto es que, siendo realistas, esta se producirá muy pocas veces porque siempre habrá una parte a quien no le interese la suspensión, y mucho menos si trae por causa un recurso de reposición de la parte contraria. Por ello, podría el tribunal utilizar la siguiente causa de suspensión:

**art. 188. 7º.** *Por haberse acordado la suspensión del curso de las actuaciones o resultar procedente tal suspensión de acuerdo con lo dispuesto por esta Ley.*

Quizás podría interpretarse el primer inciso de este precepto como una causa de suspensión à *tout faire*, ya que no parece exigir el precepto que la ley prevea directamente la causa de suspensión. Por ello, razonando debidamente que la dilación no es indebida para salvar una posible infracción del art. 24.2 C.E., el Juez de oficio podría suspender el curso de los autos al amparo de esa causa.

Pero no obstante, serían todavía más claras y útiles las causas de interrupción de vistas previstas en el art. 193 L.E.C.:

1º. *Cuando el tribunal deba resolver alguna cuestión incidental que no pueda decidir en el acto.*

4º. *Cuando, después de iniciada la vista, se produzca alguna de las circunstancias que habrían determinado la suspensión de su celebración.*

Pero el problema de esas causas de interrupción es que sólo pueden ser utilizadas cuando se celebra alguna audiencia. Por ello, el Juez, a fin de poder hacer uso de las mismas, habría de construir la ficción de convocar una vista y suspenderla inmediatamente una vez comenzada. Pero como ello resulta manifiestamente absurdo y, además, no es más que un burdo fraude de ley, sería mucho más lógico interpretar extensivamente esta posibilidad del Juez de suspender en todo caso, interpretándola conjuntamente con el art. 188.7 L.E.C. antes indicado, decidiendo de ese modo que la voluntad del legislador era que el Juez pudiera suspender motivadamente de oficio. De esa forma se reconocería sin problemas esa facultad del Juez, que parece lógica desde todo punto de vista, siempre que no sirva, como ya se ha indicado, para encubrir inconstitucionales dilaciones indebidas.

Pero lo que se olvida con frecuencia al tratar este tema es que la resolución que se recurra puede ser (y será muchas veces), oral. En este caso, dice el art. 210 L.E.C. que si la parte manifestare su deseo de no recurrir, se tendrá por firme la resolución. Pero si manifestare que si desea recurrir, el Juez deberá redactar la resolución —lo que puede provocar de un modo u otro la suspensión de la vista— y deberá asimismo conceder el correspondiente plazo de cinco días para elaborar el recurso, todo lo cual es probablemente contrario a la economía procesal. Quizás hubiera sido mejor que se formulara simplemente protesta en vistas a un ulterior recurso de apelación, sin necesidad de interrumpir de ese modo la vista ni complicar los trámites de la forma que acaba de examinarse.

Lo que ocurre con este precepto, en realidad, es que el legislador parece ser que quiso referirse solamente a la resolución de las excepciones en la audiencia previa, si se lee siste-

máticamente el art. 417.2 L.E.C.<sup>33</sup> conjuntamente con el art. 210 L.E.C.<sup>34</sup>. Sin embargo, al no distinguir el art. 210 L.E.C. entre esas resoluciones de excepciones y cualquier otra que pueda producirse, lo cierto es que no hay otro remedio que suspender la audiencia. Con lo cual se celebrarán dos audiencias en realidad, puesto que el resto de contenidos de la audiencia previa carece de sentido si no se resuelven antes las cuestiones procesales.

Otro inconveniente relacionado íntimamente con el anterior se produce en materia de inadmisión de pruebas. La misma, lógicamente, debería hacerse por providencia, cuando no por auto, que en cualquier caso sería recurrible en reposición. Sea como fuere, existe un cambio de criterio del legislador en los arts. 285.2<sup>35</sup> y 287.2<sup>36</sup> con respecto a lo dispuesto en el art. 210.2 L.E.C.. En los primeros se dice que el recurso de reposición se formula, se sustancia y se resuelve en el acto. Y si la parte no se conforma, se prevé la formulación de protesta<sup>37</sup>. Y el art. 210.2, como acabamos de ver, habla del derecho de las partes a que cualquier resolución oral (quizás también la de inadmisión de prueba), se redacte si la parte manifiesta su disconformidad para poder recurrirla.

La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta posibilidad que parece abrir el art. 210 L.E.C.. ORTELLS RAMOS la tacha de ser "*poco funcional*"<sup>38</sup>. MONTERO AROCA<sup>39</sup> entiende que hubiera debido bastar la mera discusión oral con el juez y la formulación de protesta, como se sostiene en el art. 285.2 L.E.C.. Y para darle un fundamento legal a la conclusión entiende que el art. 210 L.E.C. sólo es aplicable a los autos y sentencias definitivos, excluyendo los autos interlocutorios. Pero la solución, aunque sea bienintencionada, no tiene una auténtica base normativa. Y además no resuelve el problema de fondo, pues aunque se evitara que se pueda producir una suspensión derivada de la resolución que inadmita medios de prueba, siempre quedará la suspensión que propician las resoluciones que inadmitan las excepciones a las que antes me referí, y que sí que pueden tener carácter definitivo.

La solución a esta cuestión pasa por considerar, sencillamente, que los arts. 285.2 y 287.2 son *lex specialis* con respecto a lo dispuesto en el art. 210. De tal forma que para el supuesto de inadmisión de pruebas habrá de aplicarse lo dispuesto en los arts. 285 y 287. Y sin embar-

<sup>33</sup> "Cuando sea objeto de la audiencia más de una de las cuestiones y circunstancias del artículo anterior, el tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, se pronunciará en un mismo auto sobre todas las suscitadas que, conforme a los artículos siguientes, no resuelva oralmente en la misma audiencia".

<sup>34</sup> "1. Salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones.

2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresarán su decisión de no recurrir, el tribunal declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada".

<sup>35</sup> "Contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia".

<sup>36</sup> "Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

<sup>37</sup> Protesta no prevista en el segundo precepto pero que nada obsta para que pueda hacerse constar.

<sup>38</sup> ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. pág. 496.

<sup>39</sup> MONTERO AROCA, e.a., *Derecho Jurisdiccional, proceso civil*, Valencia 2008, pág. 423.

go para el resto de cuestiones incidentales no hay otro remedio que seguir cuanto dice el art. 210. Y si se considera excesivo esto último —aunque en no pocas ocasiones probablemente no lo sea—, no queda otro camino que la reforma de este último precepto.

#### IV. EL RECURSO DE QUEJA

Por las razones antes indicadas, se trata de un recurso cuya finalidad debiera ser revisada. Procede contra la inadmisión de un recurso devolutivo, sea el de apelación, el de infracción procesal o el de casación. El recurso se interpone ante el órgano que debiera conocer del recurso inadmitido, pero antes de llegar a este momento procesal, la ley impone una serie de trámites que desvelan que se trata, en realidad, de un recurso que proviene de orientaciones remotas en el tiempo y que no ha sido debidamente actualizado.

El recurso de queja dispone de una especie de fase de "preparación", que no es tal dogmáticamente hablando, por ser su finalidad alejada por completo de las fases de preparación habituales (art. 495.1 L.E.C.). Pero sea como fuere, antes de interponer el recurso de queja, el recurrente deberá haber intentado el recurso de reposición contra la resolución de inadmisión del órgano *a quo*. De dicho recurso deberá darse traslado a la contraparte<sup>40</sup>, puesto que aunque en la práctica se olvide a veces, la remisión del art. 495 a la regulación de la reposición obliga a que así sea. Sólo si el órgano *a quo* persistiere en su decisión de no dar lugar al recurso, cabrá interponer el de queja.

Es obvio que la finalidad de este peculiar recurso de reposición nada tiene que ver, como digo, con una "preparación" propiamente dicha, sino que sólo sirve para sustituir al antiguo informe que debía redactar el juez *a quo*, que aún existe en el proceso penal (art. 233 LE-Crim), y que para lo único que servía en el proceso civil (y sirve aún en el proceso penal) era para dilatar el procedimiento, haciendo que el Juez *a quo* repita lo mismo que ya dijo en la resolución de inadmisión<sup>41</sup>. Ese recurso de reposición antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 también era obligatorio<sup>42</sup>, pero que con frecuencia no servía de nada por la misma razón que acabo de apuntar. No obstante, debe decirse que se trata de un trámite que si fuera utilizado debidamente —como a veces sucede—, y siempre y cuando la admisión del órgano *a quo* estuviera limitada a cuestiones meramente formales, aunque graves, habría de evitar muchos recursos de queja, por lo que no abogo por su supresión, siempre que sea utilizado cumplidamente por todos los sujetos del proceso y en los términos indicados.

Con esos materiales (el auto de inadmisión, el recurso de reposición, la impugnación de dicho recurso de la contraparte y la resolución del recurso) el tribunal que debe conocer del recurso de queja ya dispone de todos los materiales para decidirlo. No dando lugar a la reposición, el Juez *a quo* obligatoriamente mandará formar testimonio del auto de inadmisión

recurrido en reposición, así como del auto que resuelva la reposición. Esta es la única manera coherente de interpretar el art. 495.1 L.E.C.<sup>43</sup>, en relación con el art. 494 L.E.C.<sup>44</sup>.

Entregado el testimonio, la parte tendrá 10 días para interponer el recurso de queja, junto con el testimonio. No se prevé en la ley trámite alguno para la participación de la contraparte, lo que ha sido interpretado por la mayoría de tribunales en el sentido lógico de que ese trámite no existe, lo que ha sido criticado por parte de la doctrina<sup>45</sup> pese a que es lógico que esa así, dado que aunque la inadmisión del recurso, obviamente, le interese a la contraparte, lo cierto es que ya habrá tenido la oportunidad de exponer su punto de vista en la instancia, por lo que no parece necesario en términos de defensa, ni conveniente en términos económicos, que deba intervenir nuevamente ante el tribunal *ad quem*, que ya tendrá de todos modos en cuenta sus alegaciones sin que deba realizar esfuerzo de ningún tipo para que, probablemente, confirme la inadmisión, que es lo que sucede en la enorme mayoría de los casos. El Tribunal resolverá, con carácter preferente al resto de asuntos (art. 494 L.E.C.), a través de auto irrecorrible. Y en caso de estimar que el recurso debió ser admitido, mandará hacerlo así al tribunal *a quo* (art. 495).

Todo ello supone un nuevo retraso y, perdón por la reiteración, una burocracia injustificada. Al margen de la ineficacia práctica de establecer una preferencia en la resolución de los recursos de queja<sup>46</sup>, lo cierto es que todo el trámite de los testimonios recuerda más a una época en la que no existían ni las fotocopiadoras. Actualmente sería más procedente que todos los autos —preferentemente en versión electrónica— se remitieran al tribunal *ad quem*, dado que si se admite el recurso de queja, habrá que volver al tribunal *a quo* pidiéndole lo obvio: que de una vez admita el recurso. De ese modo, los autos ya se quedarían en el tribunal *ad quem* sin más trámites. Y si se produce la inadmisión, no parece que esté de más que antes de decretarla el tribunal *ad quem* haya tenido al menos la posibilidad de consultar los autos<sup>47</sup>, sin limitarse a lo resuelto y debatido en el incidente de preparación de la queja. En muchas ocasiones un análisis de dichos autos, ni que fuera superficial, podría ayudar al tribunal *ad quem* a decidir con mejor criterio, y por eso se observa en la práctica que el Tribunal Supremo los requiere en bastantes ocasiones.

<sup>43</sup> El recurso de queja se preparará pidiendo, dentro del quinto día, reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones.

<sup>44</sup> No es el anterior un comentario gratuito. La duda proviene de que leyendo el art. 494 ("Contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado. (...)"), bien parece que contra la resolución de admisión cabe directamente el recurso de queja, que debiera ser lo lógico. Y sin embargo, leyendo el art. 495 L.E.C. encontramos toda la tramitación de la preparación de dicho recurso, que desmiente dicha conclusión. En estas condiciones, entiendo que o sobra el tenor del art. 494, o bien, lo más razonable, sobran al menos los dos primeros párrafos del art. 495.

<sup>45</sup> Así lo denuncia ANDRÉS CIURANA, *La preparación*, cit., mencionando la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en tal sentido. En concreto, el Auto 10.1.2004 (id. CENDOJ 28079110012004200549). La jurisprudencia sigue actualmente por esa línea. Vid. Auto 29.4.2008 (id. CENDOJ 28079110012008201945).

<sup>46</sup> Vid. los interesantes comentarios de ILLESCAS RUS, Ángel Vicente / PÉREZ LÓPEZ, Eduardo, Comentario al art. 454, en: "FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFÁ SOLER / VALLS GOMBAU, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona 2000, pág. 2324.

<sup>47</sup> Así lo confirma GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 2007, pág. 658.

El recurso de queja tiene efecto devolutivo, pero no suspensivo, por lo que la interposición de la queja no tiene la más mínima relevancia sobre la posible ejecución provisional de la sentencia recurrida, que seguirá adelante al margen de ello.

## V. LOS RECURSOS EN LA EJECUCIÓN

No es posible realizar en un trabajo de estas características un comentario completo de la problemática de los recursos en el proceso de ejecución<sup>48</sup>. Sí que quisiera aprovechar, no obstante, para denunciar el desordenado sistema existente en esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a las ocasiones en que es posible interponer el recurso de apelación. También debe destacarse la oportunidad de disponer un sistema de recurribilidad no devolutiva ciertamente novedoso, pero peculiar. Vayamos por partes.

Acudiendo al art. 562 L.E.C. el sistema parece claro. Cabe, en principio, recurso de reposición contra todas las providencias y autos. Es posible interponer recurso de apelación cuando la ley así lo señale expresamente. Y por último, es posible protestar contra cualquier actuación del Juzgado que vulnere la Ley, pero que no se haya concretado en ninguna resolución, a través de un "escrito".

Pues bien, con respecto al recurso de reposición no es cierto que sea posible contra cualquier resolución del Juzgado. Por ejemplo, el art. 551.2 declara la irrecurribilidad del despacho de ejecución porque entiende el legislador que existiendo la "oposición" a dicho despacho, cualquier recurso es ocioso. Y no es el único caso<sup>49</sup>. Y por otra parte, también debe decirse que en algunas ocasiones el recurso de reposición es opcional, como sucede con el auto que deniega el despacho de la ejecución, que el art. 552.2 L.E.C. declara "directamente apelable", lo que abre la simple posibilidad de intentar la reposición previa, permitida por el propio precepto. Estimo que la ley, al disponer el régimen general en el art. 562 hubiera debido prever estas especialidades, puesto que de lo contrario se ofrece una imagen de dicha recurribilidad que no se ajusta a la realidad, además de favorecerse antinomias.

Pero es que, además, el art. 562.1.3 establece la posibilidad de presentación del "escrito" que antes referí. Pues bien, siendo este escrito coincidente con el que antes hice referencia como posible sustitutivo del recurso de reposición durante el proceso de declaración, estimo que debiera procederse a una refundición de ambos trámites, lo que habría de agilizar el proceso de ejecución. Lo indico porque es exactamente la misma la finalidad de la reposición en el proceso de declaración y en el proceso de ejecución, por lo que la regulación debiera ser idéntica. Y por ello, el recurso de reposición debiera limitarse a ser un simple aviso que el Juzgador debería tramitar dándole traslado a la parte contraria.

Ahora bien, estos "escritos", a diferencia de lo que habría de suceder en el proceso de declaración, sí que deberían merecer una cumplida respuesta por parte del órgano jurisdiccional. Y lo indico de ese modo porque cuando se interpone un recurso de reposición en el proceso de declaración, es viable reservar parte de la motivación del Juez hasta la sentencia, porque la misma es recurrible. Pero cuando estamos en el proceso de ejecución la sentencia

no existe, por lo que o se motiva la respuesta jurisdiccional cuando se resuelve la reposición, o ya no habrá más oportunidades de hacerlo.

Ello es especialmente importante cuando el tribunal actúe en contradicción con lo dispuesto en el título ejecutivo (art. 563), pero en el resto de casos también lo es, a fin de que una petición de ejecutante o ejecutado no quede sin la debida respuesta, propia del cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, en todos los casos en que se presente este recurso de reposición, simplificado en el escrito que propongo o tal y como está configurado a día de hoy, el Juez debe resolver expresamente, y no responder solamente con la fuerza de sus actuaciones.

Con respecto al recurso de apelación, lo que habría de ser deseable es una mayor previsible sobre cuándo es posible. No es conveniente que sea tan fragmentario el régimen de recurribilidad de estas resoluciones, porque con ello se desorienta a los litigantes acerca de las oportunidades de que disponen en cada momento y puede darse una cierta sensación de arbitrariedad en la decisión legislativa sobre la recurribilidad, que a buen seguro no debió de ser tal. En este sentido, creo que el art. 562 hubiera debido realizar un listado de esas resoluciones recurribles en apelación, que son muy escasas:

1. Art. 527.4. Auto denegando el despacho de ejecución provisional.
2. Art. 546.1 Auto de abstención tras el examen de oficio de la competencia territorial.
3. Art. 552.2. Auto denegando el despacho de ejecución definitiva.
4. Art. 561.3. Auto resolviendo la oposición a la ejecución por motivos de fondo.
5. Art. 563. Auto desestimando el recurso de reposición contra una resolución que provea en contradicción con lo dispuesto en el título ejecutivo.
6. Art. 633.3. Auto sobre la impugnación de la cuenta presentada por el administrador judicial.
7. Art. 688.3. Auto que pone fin a la ejecución por estar la hipoteca cancelada o ser inexistente, en el procedimiento de ejecución hipotecaria.
8. Art. 695.4 Auto que estime la oposición a la ejecución hipotecaria, dictando sobreseimiento, también en el procedimiento de ejecución hipotecaria.
9. Art. 716 Auto resolviendo la cuantía de daños y perjuicios, tras el incidente correspondiente.

Tras este sencillo listado de nueve puntos, se hubiera descubierto que la mayoría son resoluciones que concluyen la posibilidad de seguir el proceso adelante, con lo que quizás hubiera bastado con una disposición en este sentido, especificando el resto de supuestos. De ese modo el art. 562 hubiera estado completo, y sería verdaderamente útil en el estudio y conocimiento del régimen de recurribilidad en la ejecución.

Pero con todo, lo que parece más criticable es que se haya hurtado toda posibilidad de recurso de casación durante el proceso de ejecución, y que existió con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>50</sup>. La función nomofiláctica que desempeña el Tribunal Supremo no puede dejar al margen todo un sector tan importante del ordenamiento jurídico, al arbitrio de lo que decida cualquier juez de primera instancia. Bien al contrario, parece que hubiera sido más conveniente disponer la existencia de ese recurso al menos en los supuestos en que se desestime la oposición a la ejecución por motivos de fondo, o bien se resuelva en contra de lo dispuesto en el título ejecutivo. De esa manera podrían evitarse algunos excesos acaecidos

<sup>48</sup> Sobre esta materia puede consultarse MONTERO AROCA / FLORS MATIES, *Los recursos en el proceso civil*, Valencia 2001, pág. 736 y ss.

<sup>49</sup> Vid. MONTERO AROCA / FLORS MATIES, cit. pág. 741.

<sup>50</sup> Art. 1687.2º.

en esta materia, pero sobre todo existiría la oportunidad de que el Tribunal Supremo formara jurisprudencia sobre algunos puntos clave de la ejecución de resoluciones judiciales, orientando de este modo la labor de los juzgadores de primera instancia.

## sección de urbanismo



Los instrumentos de planeamiento en  
vigor y en trámite. Procedimiento y  
contenido. Análisis de los convenios  
de planeamiento

**Daniel Fernández Navarro**

Abogado

Cuatrecasas , Gonçalvespereira Olivencia-Ballester

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, han sido distintas las normas que se han aprobado por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Estado. Estas normas, alguna con carácter de planificación territorial —como en el caso del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía—, han supuesto cierta incidencia en la ejecutividad y régimen de innovación de los instrumentos de planeamiento general vigente.

En caso de presentación de alguna propuesta de actuación urbanística que conlleve la innovación del planeamiento general, los operadores jurídicos han de desenvolverse con solvencia en el marco en el que se pretende efectuar la operación proyectada. En este desdoblamiento, deberá apreciar factores tales como si el Plan General está revisado conforme a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, o al menos adaptado a ésta; el alcance y objeto de la modificación, esto es, si afecta a sistemas generales, a dotaciones, etc.; e incluso tendrá que analizar su compatibilidad con los criterios de Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía o las cláusulas de sostenibilidad del TRLS de 2008.

## II. LA IMPOSIBILIDAD DE APROBAR MODIFICACIONES DEL PLANEAMIENTO GENERAL ANTERIOR A LA LOUA, SI ÉSTAS AFECTAN A LA ORDENACIÓN ESTRUCTURAL, EQUIPAMIENTOS O DOTACIONES (DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LOUA)

El 20 de enero de 2003 entraba en vigor la ley 7/2002, de 17 de diciembre. En aquel momento, Andalucía era el territorio donde más procesos de planeamiento general habían llegado a término, de forma que más del 85% de los municipios andaluces contaban con una figura de planeamiento general en vigor, representando el espacio ordenado por alguna figura de planeamiento general más del 92% del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es ilustrativo que más del 98% de la población andaluza vivía en un municipio que contaba con una figura de planeamiento urbanístico general. El Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 tuvo una excepcional acogida entre los municipios andaluces. Andalucía se situaba a la cabeza de las Comunidades Autónomas en instrumentos de planeamiento general tramitados y aprobados conforme a aquella normativa.

La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía tuvo en cuenta la situación descrita y reconoció ser heredera del acervo cultural urbanístico que representaba tanto el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, como el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (recuperado en su contenido urbanístico, tras la sentencia del Tribunal constitucional 61/1997, de 20 de marzo, como legislación autonómica en virtud de la ley 1/1997, de 18 de junio)<sup>1</sup>. La

<sup>1</sup> Según la Exposición de Motivos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre: *“Efectivamente, nuestro acervo cultural urbanístico, que pone el acento en la función pública del urbanismo, en la dirección y el control público de la actividad urbanística, en el desarrollo planificado de nuestras ciudades, en el rescate para la comunidad de plusvalías obtenidas en la actividad urbanística, en la construcción de ciudades con una distribución equilibrada entre suelos con usos lucrativos y equipamientos públicos, nuestro acervo cultural urbanístico, decimos, se ha ido construyendo en los últimos decenios en la progresión que las sucesivas Leyes urbanísticas estatales de 1956, 1975, 1990 han ido marcando en la consolidación de tales principios, asentados en la vigente Constitución Española”*.

similitud que el sistema de planeamiento que aportaba la nueva norma andaluza con respecto a la legislación anterior, permitió que los instrumentos de planeamiento vigente a la entrada en vigor de la LOUA conservasen su plena vigencia y eficacia. Por tanto, desde esta fecha han estado conviviendo planeamientos generales aprobados en el marco de la legislación anterior, con la nueva regulación autonómica.

La LOUA no estableció entre sus disposiciones transitorias o finales ningún plazo para que estos instrumentos de planeamiento vigentes a su entrada en vigor tuviesen que reelaborarse o adaptarse conforme a la nueva normativa. Se planteaba, en principio, un sistema de paulatina acomodación a la norma urbanística, de modo que las sucesivas innovaciones de planeamiento tendrían que adecuarse a la nueva ley tanto en su contenido documental como sustantivo<sup>2</sup>. No obstante, se dispuso que transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de la LOUA no podrían aprobarse modificaciones de planeamiento general que afectasen a las determinaciones propias de la ordenación estructural, las dotaciones o equipamientos cuando dicho instrumento de planeamiento no hubieran sido adaptados al menos de forma parcial a la nueva Ley. La disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en su apartado 2, dispone que *“los municipios podrán formular y aprobar adaptaciones de los Planes y restantes instrumentos, que podrán ser totales o parciales. Cuando las adaptaciones sean parciales deben alcanzar, al menos, al conjunto de las determinaciones que configuran la ordenación estructural”*.

A continuación añade: *“transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, no podrán aprobarse modificaciones del planeamiento general que afecten a las determinaciones propias de la ordenación estructural, a dotaciones o a equipamientos cuando dicho instrumento de planeamiento no haya sido adaptado a la presente Ley al menos de forma parcial. La Consejería competente en materia de urbanismo, con la finalidad de contribuir a una adecuada adaptación de los planes a esta legislación, podrá aprobar instrucciones orientativas sobre el contenido, plazos y alcance de dichas adaptaciones”*.

Esto significa, que desde 20 de enero de 2007 los municipios andaluces que no cuenten con un instrumento de planeamiento general elaborado conforme a la LOUA o, al menos, adaptado parcialmente, no pueden aprobar modificaciones que afecten a los elementos más sustanciales de su ordenación (diferente clasificación de suelo, alteraciones de sistemas generales, dotaciones o equipamientos, cambio de usos de sectores de suelo urbanizable, aumento de densidades o edificabilidades, etc.)

Esta regulación ha ocasionado que aquellos municipios que cuentan con planes generales próximos a cumplir sus previsiones de ejecución y desarrollo no tengan respuesta a corto

<sup>2</sup> Dice la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, que *“Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 de la disposición anterior, todos los Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal o Delimitaciones de Suelo Urbano y los restantes instrumentos legales formulados para su desarrollo y ejecución que, habiéndose aprobado conforme a la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, general o autonómica, vigente a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, estuvieren en vigor o fueran ejecutivos en tal momento, conservarán su vigencia y ejecutividad hasta su revisión o su total cumplimiento o ejecución conforme a las previsiones de ésta”*. Esta regulación ha de entenderse completada con la disposición transitoria quinta, en virtud de la cual *“Los procedimientos relativos a los Planes y restantes instrumentos de ordenación urbanística en los que, al momento de entrada en vigor de esta Ley, no hubiera recaído aún el acuerdo de aprobación inicial deberán tramitarse y aprobarse por el procedimiento y con el contenido prescritos en esta Ley”*.

plazo ante la necesidad de un mayor crecimiento, o la eventual demanda de suelo para dar soporte a actuaciones urbanizadoras que podrían suponer una excepcional oportunidad para ellos.

No podemos ignorar que en el momento de entrar en vigor la LOUA la mayoría de los municipios se dispusieron a elaborar sus revisiones de planeamiento general conforme a la nueva normativa; una tarea que se efectuó en un marco económico excepcional y, por qué no decirlo, con una sobreestimación de las expectativas traducida en una desbordante propuesta de suelo clasificado. Al ya complejo proceso de elaboración de los respectivos Planes Generales se unió un período de campaña y elecciones municipales que ocasionó, en algunos casos, la reconsideración de las decisiones que las Corporaciones Municipales salientes habían dejado reflejada en el correspondiente documento de planeamiento general en tramitación, con el consiguiente inmovilismo de los gobiernos entrantes ante determinadas propuestas urbanísticas que hasta entonces le resultaban, en el mejor de los supuestos, desconocidas.

Si hay que dar nombre a las razones que han provocado que los procedimientos de revisión de los Planes Generales se hayan alargado e, incluso en algunos casos, se hayan dejado aletargados *sine die*, no podemos obviar el efecto que ha tenido la aprobación del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aspecto que será objeto de análisis más adelante.

Lo cierto es que, llegado el día 20 de enero de 2007, —fecha a partir de la cual, según la disposición transitoria segunda de la LOUA, quedaban prohibidas las aprobaciones de modificaciones del planeamiento general que afectasen a sistemas generales, dotaciones o equipamientos—, muchos de los municipios estaban todavía lejos de tener aprobado su correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística, y por tanto quedaron desde ese momento impedidos para dar respuesta a cualquier tipo de crecimiento o actuación urbanística.

Es, precisamente, a partir de 20 de enero de 2007 cuando se recurre a la figura de la Adaptación parcial del planeamiento general vigente a la LOUA, como instrumento llave que permitiría abrir la puerta a modificaciones sustanciales del planeamiento urbanístico municipal.

El 22 de enero de enero de 2008, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó en Decreto 11/2008, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo en el mercado con destino preferente a viviendas protegidas. El Capítulo II de este Decreto está dirigido a regular los procesos de Adaptación parcial del planeamiento general a la LOUA, y con ello permitir efectuar las operaciones de modificaciones del planeamiento vigente que, de no mediar dicha Adaptación parcial, quedarían vedadas.

### III. LIMITACIONES DE CRECIMIENTO DEL PLAN DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA

Por medio del Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (BOJA de 29 de diciembre de 2006), aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, como instrumento que aporta el marco estratégico territorial que a largo plazo orientará sus planificaciones y políticas públicas y, a tal efecto, establece el Modelo Territorial de Andalucía y un conjunto de Estrategias de Desarrollo Territorial. Siendo este documento resultado de un amplio consenso entre el Gobierno andaluz, los municipios y los distintos sectores representativos de intereses públicos y colectivos; y aportando —en opinión

de quién suscribe estas líneas— una regulación moderna y valiente en materia de Estrategias de Desarrollo Territorial, en el sentido que marcan las directrices y documentos que configuran el modelo territorial europeo, sin embargo, el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía pasa a ser conocido únicamente por su renombrada Norma 45, en virtud de la cual:

*“Como norma y criterio general, serán criterios básicos para el análisis y evaluación de la incidencia y coherencia de los Planes Generales de Ordenación Urbanística con el modelo de ciudad establecido en este Plan los siguientes:*

*a) La dimensión del crecimiento propuesto, en función de parámetros objetivos (demográfico, del parque de viviendas, de los usos productivos y de la ocupación de nuevos suelos por la urbanización), y su relación con la tendencia seguida para dichos parámetros en los últimos diez años, debiendo justificarse adecuadamente una alteración sustancial de los mismos. Con carácter general no se admitirán los crecimientos que supongan incrementos de suelo urbanizable superiores al 40% del suelo urbano existente ni los crecimientos que supongan incrementos de población superiores al 30% en ocho años. Los planes de ordenación del territorio de ámbito subregional determinarán criterios específicos para cada ámbito”.*

En virtud de esta cláusula, incorporada en la tramitación del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía en su paso por el Parlamento andaluz vía enmienda parlamentaria, los Planes Generales o sus innovaciones no podrán plantear crecimientos que superen el 40% del suelo urbano existente o una población superior al 30% de la población en un plazo horizonte de ocho años, salvo que un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional permita modular este parámetro de limitación de crecimiento para todo o parte de su ámbito de aplicación.

Desde su aprobación han surgido dudas respecto al alcance de esta norma: ¿qué se entiende por suelo urbano existente? ¿A qué suelos se refiere bajo el concepto suelo urbanizable?, esto es, ¿el urbanizable sectorizado o se computa en suelo urbanizable no sectorizado? ¿Cómo se calcula el crecimiento poblacional? ¿Afecta a Planes Generales en vigor o aquellos que estén en tramitación?, si afecta a los que se encuentren en tramitación ¿a partir de qué hito de la tramitación afectaría esta norma?

La Instrucción de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 10 de mayo de 2007 trató de dar respuesta a algunas de estas cuestiones, aclarando en primer lugar que el análisis a los parámetros de la norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía se habría de realizar sobre las revisiones totales o parciales de los Planes Generales de Ordenación Urbanística y las modificaciones que afectaren a la ordenación estructural. Así mismo, se señaló que el *suelo urbano* al que referir la base del crecimiento era el que, como tal, estaba definido en el artículo 45 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, es decir, se incluía tanto la categoría de suelo urbano consolidado como no consolidado. Por aplicación de ese criterio, obviamente resultaría un crecimiento potencial mayor que si se aplicara sólo a la categoría de suelo urbano consolidado.

Respecto del suelo urbanizable, la Instrucción señalaba que en su cómputo se incluía todo el suelo clasificado como tal, cualquiera que fuera su uso, excepto el suelo urbanizable no sectorizado cuya sectorización estuviera programada para un período superior a ocho años. En todo caso, de esta superficie deberían excluirse los suelos ocupados por infraestructuras o dotaciones de incidencia territorial, pero sumándose en para el cálculo los suelos destinados a sistemas generales incluidos o adscritos a los distintos sectores.



Respecto a la población, se aclaró que deberá computarse aquella que fuere la existente según el Padrón Municipal de Habitantes en el momento de la aprobación inicial. El incremento poblacional se medirá por la capacidad residencial que se prevea en el planeamiento para los próximos ocho años en viviendas ubicadas en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable ordenado o sectorizado, estimando el tamaño medio de los hogares en función de los datos objetivos establecidos por el Instituto Nacional de Estadística.

Esta Instrucción no sólo ha marcado el modo de actuar de la Secretaría General de Ordenación del Territorio (hoy, Secretaría General de Planificación y Desarrollo Territorial) para la emisión del correspondiente informe de incidencia, sino que ha sido aplicada igualmente por los órganos autonómicos en la aprobación definitiva de los Planes Generales o sus innovaciones.

Sin embargo, el Decreto 11/2008, de 22 de enero, ha venido a rectificar, en parte, estos criterios. Según la disposición adicional segunda de este Decreto, denominada "desarrollo de los criterios básicos para el análisis y evaluación de la incidencia y coherencia de los planes generales de ordenación urbanística con el modelo de ciudad establecido en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía" se desarrollan los criterios del siguiente modo:

*"1. Con el fin de potenciar el desarrollo económico que se pueda plantear en los municipios andaluces en el límite del 40% del crecimiento territorial de los Planes Generales no se computarán los suelos industriales.*

*2. Con objeto de potenciar la utilización de los equipamientos existentes, el límite establecido con carácter general al crecimiento en cada municipio para los próximos ocho años, se modulará para los municipios con crecimiento inferior al 10,2%, media de Andalucía en los últimos diez años, con los siguientes parámetros:*

- a) 60% para municipios con menos de 2.000 habitantes,*
- b) 50% para municipios entre 2.000 y 5.000 habitantes, y*
- c) 40% para municipios entre 5.000 y 10.000 habitantes.*

*Estos criterios de modulación podrán aplicarse, según los tramos poblacionales establecidos, a los municipios de menos de diez mil habitantes que hayan superado el 10,2% de crecimiento en los últimos diez años, siempre que, en cada caso, estén garantizados las dotaciones, equipamientos, servicios e infraestructuras que establezca la legislación vigente.*

*3. En todas las actuaciones urbanísticas con destino mayoritario a vivienda protegida la Administración Autonómica garantizará la implantación de los equipamientos públicos que se precisen mediante la inclusión de los mismos en la planificación correspondiente y, a los solos efectos establecidos en esta norma, se computará el número de habitantes por vivienda con un coeficiente inferior al marcado con carácter general en función de la tipología de las viviendas protegidas.*

*4. Para la determinación del parámetro de crecimiento de población se referirá el dato de población existente para el conjunto de municipios de Andalucía al momento de la aprobación definitiva de la revisión o nueva redacción de cada Plan General de Ordenación Urbanística."*

Veamos, en su conjunto, la valoración de estos aspectos:

### 1. En el suelo urbano que ha de servir de base para calcular el porcentaje de crecimiento superficial se incluye tanto el urbano consolidado como el no consolidado

Un efecto indeseable que desde la Instrucción 1/2007, de 10 de mayo de la Secretaría General de Ordenación del Territorio, puede tener la aplicación de este criterio es que llegue a

desarticularse la concepción o el carácter (casi) reglado del suelo urbano. La clasificación del suelo como urbano responde a la concurrencia de unas determinadas circunstancias fácticas que llevan a considerar a esos terrenos como tal. Según hemos tenido ocasión de comprobar, la vis extensiva que está experimentando la clase de suelo urbano no consolidado en los Planes Generales en elaboración, con el objeto de facultar la incorporación de mayor superficie clasificable, está llevando a una situación en la que el propio concepto de suelo urbano se está desvaneciendo.

En una exorbitante aplicación del artículo 17.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, algunos Planes Generales en tramitación proponen la clasificación como suelo urbano no consolidados de terrenos que, aunque perimetrales, no reúnen las condiciones del artículo 45.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre<sup>3</sup>. De no mediar la intención de ampliar los efectos de la norma 45 del POT, la mayoría de esos terrenos seguramente habrían sido clasificados como suelo urbanizable.

Por otra parte, está constituyendo una práctica habitual considerar como suelo urbano, consolidado o no —según el grado de desarrollo de la urbanización—, sectores que en el momento de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbanística están en proceso de ejecución material (e incluso en fase de ejecución jurídica). Esta práctica debe ser igualmente rechazable, en la medida que el suelo urbano no consolidado no es una categoría de paso en el cumplimiento de los derechos o deberes de los propietarios del suelo urbanizable ordenado, sino que estos últimos no culminan las distintas fases de cumplimiento de su estatuto jurídico hasta que los suelos quedan totalmente urbanizados y como tal son considerados urbanos consolidados. Ello significa que los propietarios de suelo urbanizable en ningún instante *transitan* por el régimen aplicable a la categoría de suelo urbano no consolidado.

En ambas modalidades de *mal praxis* en la aplicación de los criterios de clasificación del suelo urbano, la recompensa es, ciertamente, sustanciosa, porque como consecuencia de estas operaciones, a los terrenos en cuestión se les resta del cómputo de la cuota de crecimiento y se los incorpora a la base a la cual debe referirse el porcentaje de suelo urbanizable.

<sup>3</sup> El artículo 45.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, dispone:

*"Integran el suelo urbano los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística, y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, adscriba a esta clase de suelo por encontrarse en alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Formar parte de un núcleo de población existente o ser susceptible de incorporarse en él en ejecución del Plan, y estar dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión.*
- b) Estar ya consolidados al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga e integrados en la malla urbana en condiciones de conectar a los servicios urbanísticos básicos reseñados en el apartado anterior.*
- c) Haber sido transformados y urbanizados en ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico y de conformidad con sus determinaciones.*



**2. Se incluyen en el cómputo del porcentaje de crecimiento superficial los suelos urbanizables ordenados y sectorizados y los sistemas generales incluidos o adscritos. Se excluyen las infraestructuras o dotaciones de incidencia supramunicipal, las actuaciones urbanísticas previstas en los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y las actuaciones declaradas de interés autonómico**

En la medida que la Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía limita el crecimiento de población y superficial para un horizonte de ocho años, es acertado no incluir entre los terrenos que se computen a los efectos del cálculo correspondiente a los que estén clasificados como suelo urbanizable no sectorizado, siempre que la programación secuencial del Plan General prevea su sectorización transcurrido este periodo. Sin embargo, esto no significa que llegado ese plazo de ocho años, se habilite de forma automática la correspondiente sectorización, pues en todo caso deberá acreditarse el cumplimiento de las circunstancias que establece el artículo 12 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre<sup>4</sup>, y además constatarse que en el momento de procederse a dicha sectorización no se sobrepasen los parámetros de la Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio.

Los necesarios reajustes que los distintos Planes Generales han tenido que realizar en su tramitación para adecuarse a los parámetros sobrevenidos del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía dan lugar a soluciones que, desde el punto de vista jurídico, no son acertadas y que, en consecuencia, deberán ser corregidas. Con objeto de adecuarse a los parámetros de crecimiento, sea relativo a la población o de superficie, muchos Planes Generales han optado por designar como suelo urbanizable no sectorizado los terrenos que en documentos de tramitación anteriores estaban adscritos al Suelo Urbanizable Sectorizado. Sin embargo, esta operación de "re-categorización" se ha realizado sin adecuar las respectivas determinaciones urbanísticas a la categoría de suelos urbanizable a la que ahora quedan adscritos, de modo que ámbitos de suelo urbanizable no sectorizado aparecen dotados de determinaciones propias del suelo urbanizable sectorizado (uso, densidad y edificabilidad global, aprovechamiento medio, sistemas generales incluidos o adscritos, criterios para la ordenación detallada, en su caso, número de vivienda, reserva para las viviendas protegidas, etc.).

Según el artículo 10.1.A.e) LOUA los Planes Generales deben contener entre sus determinaciones de carácter estructural para el suelo urbanizable no sectorizado, ya sea con carácter general o referido a zonas concretas del mismo, únicamente los usos incompatibles, las condiciones para proceder a su sectorización y los criterios de disposición de los sistemas

<sup>4</sup> La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, señala que el cambio de categoría de suelo urbanizable no sectorizado a sectorizado deberá justificarse expresamente en una nueva apreciación de los procesos de ocupación y utilización del suelo y su previsible evolución en el medio plazo, teniendo en cuenta la evolución desde la aprobación del correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística, el modelo de desarrollo urbano por éste adoptado, el grado de ejecución de los sectores delimitados por él y los criterios que el mismo establezca al efecto. A tal efecto, el Plan de Sectorización deberá valorar su ordenación en razón de la coherencia de sus determinaciones con las estrategias globales regionales y municipales para la utilización racional y sostenible del suelo, la viabilidad de la transformación de los terrenos según su adecuación al modelo de crecimiento urbano y de las condiciones y previsiones para proceder a la sectorización, y la integración de la nueva propuesta respecto de la ordenación estructural establecida por el Plan General de Ordenación Urbanística.

generales. En absoluto es procedente que respecto de un suelo urbanizable no sectorizado se concrete determinaciones predicables al suelo urbanizable sectorizado.

**3. Infraestructuras o dotaciones de incidencia supramunicipal**

Se entiende plenamente justificada la exclusión del cómputo del criterio de limitación tanto superficial las infraestructuras o dotaciones de incidencia supramunicipal. En efecto, si de conformidad con el párrafo segundo del artículo 44 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, estos elementos de ordenación pueden no ser objeto de clasificación alguna, es razonable que a los efectos de la aplicación de la renombrada Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, tampoco deba tenerse en consideración.

**4. Actuaciones urbanísticas previstas en los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y las actuaciones declaradas de interés autonómico**

La propia Norma 45 dispone "*los planes de ordenación del territorio de ámbito subregional determinarán criterios específicos para cada ámbito*". Pues bien, el criterio que permite que actuaciones urbanísticas previstas en los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional no computen a los efectos del crecimiento previsto es un supuesto de modulación permitido por la Norma 45. Estas actuaciones comúnmente adoptan la fórmula de áreas de oportunidad, ligadas al servicio del ámbito supramunicipal ordenado por el Plan de Ordenación del Territorio.

La Instrucción de 10 de mayo de 2007 sitúa al mismo nivel de razonamiento la exclusión de las actuaciones previstas en los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que las actuaciones declaradas de interés autonómico según los artículos 38 y 39 de la LOTA. Sin embargo, estas últimas merecen una consideración o análisis especial. Sin negar que, con carácter general, las actuaciones de interés autonómicos, deban quedar al margen del cómputo del cálculo de crecimiento poblacional y de extensión superficial, la razón de esta exclusión no se encuentra en su naturaleza como Planes de Ordenación del Territorio de Ámbito subregional, con los que no guardan identidad alguna. Debe tenerse en cuenta que la Norma 45 sólo atribuye la facultad de modular el alcance de sus propias limitaciones a los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, y no a otros instrumentos de distinta naturaleza y alcance aunque éstos estén regulados en el mismo cuerpo legal.

La razón por la que las Actuaciones de Interés Autonómico (arts. 38 y 39 LOTA) deben quedar al margen de los parámetros del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (Norma 45) radica no en su consideración de instrumentos de la planificación territorial, sino en la consideración que otorga a esos espacios como tales infraestructuras, equipamientos o dotaciones de carácter regional. Como antes se ha expresado, la consideración de estos espacios ocupados por actuaciones declaradas de interés autonómico como infraestructuras, equipamientos y dotaciones haría merecer la exclusión del cómputo de crecimiento a los efectos de la Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio. Por tanto, éste no debía ser un criterio general aplicable a todas las actuaciones declaradas de interés autonómico, sino que exigiría singularizar y analizar cada caso, en razón de la naturaleza que tengan como tal infraestructura, dotación o equipamiento de interés regional.

### 5. Dispone el Decreto 11/2008, que en el límite del 40% del crecimiento territorial de los Planes Generales no se computarán los suelos industriales

El fin que persigue la norma es loable: "potenciar el desarrollo económico que se pueda plantear en los municipios andaluces". Surgen, no obstante, serias dudas de que esta regulación se conciba como un desarrollo de los criterios generales (como señala la norma), siendo más bien la revisión o adaptación del criterio general en sí mismo.

Bien conocidos son los principios "*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*" o "*in claris non fit interpretatio*", y si se prefiere; "*Uni lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*", que nos lleva a concluir que donde el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía no distinguió, no cabe distinguir ahora a la norma que se reconoce capacidad para desarrollar tales criterios. En este punto podemos cuestionarnos por qué se excluye los suelos con uso industrial y no los terciarios, si a ambos destinos se podría arrogar el loable objetivo de "potenciar el desarrollo económico" del municipio.

En palabras del Tribunal Supremo "*La taxatividad del Real Decreto Legislativo en este punto es total, no permite lugar alguno a la duda. Por tales razones, no puede una norma reglamentaria, subordinada a la Ley, establecer distingos y requisitos que la norma con rango legal no ha querido introducir*" (STS de 7 de marzo de 2006).

Las dudas que surgen en relación con la disposición adicional segunda del Decreto 11/2008, de 22 de enero, son tan ciertas como lo era la conveniencia, para todas las Administraciones públicas y operadores, en que se aprobara un criterio que permitiera la esperada laxitud de la Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía; si bien este dato no hace menos cuestionable a la norma desde su análisis jurídico.

### 6. Modulación del parámetro de crecimiento poblacional para los municipios con crecimiento inferior al 10,2% de los últimos diez años

Siendo este objetivo tan loable como el anterior, su análisis no puede llevarnos a conclusiones distintas que las alcanzadas en el supuesto precedente.

### 7. Determinación del número de habitante por vivienda y del cálculo de la población del Municipio

La disposición adicional segunda del Decreto 11/2008, de 22 de enero, facultó a la Junta de Andalucía a establecer para las actuaciones urbanísticas con destino mayoritario a vivienda protegida, y a los solos efectos de lo establecido en la Norma 45, un número de habitantes por vivienda con un coeficiente inferior al marcado con carácter general.

La Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio, no obstante, fijó un coeficiente de habitabilidad único y general para cualquier tipo de unidad residencial, lo cual es un acierto que atribuye mayor seguridad jurídica a la decisión, pues lo que en ningún caso parece comprensible es que el ratio de número de habitantes por cada viviendas protegidas sea inferior al que resulte de las viviendas de renta libre. La Orden de 29 de septiembre de 2008 motivó su aprobación en los siguientes argumentos:

*"El Decreto 11/2008, de 22 de enero, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas planteó la necesidad de establecer unos criterios básicos para el análisis y evaluación de la incidencia y coherencia de los planes generales de ordenación urbanística con el*

*modelo de ciudad establecido en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía, y el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.*

*Entre los citados criterios se encuentra el fijar el coeficiente necesario para el cálculo poblacional derivado de las viviendas previstas en los instrumentos de planeamiento urbanístico, ajustado a la tendencia actual de disminución del número de miembros que componen los hogares y las familias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

*Con la presente Orden se cumplen los compromisos del Pacto Andaluz por la Vivienda y lo acordado en la mesa de concertación social de la Junta de Andalucía y los agentes sociales, relativos a la adecuación de los nuevos crecimientos urbanísticos a la evolución real de la población y el tamaño actual de los hogares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo cual permitirá impulsar la construcción de vivienda protegida en los municipios andaluces".*

En su artículo único, el referido Decreto dispuso que "Se establece el coeficiente de dos con cuatro (2,4) habitantes por vivienda, para el cálculo de la población derivada de las viviendas previstas en los instrumentos de planeamiento urbanístico. Dicho coeficiente podrá ser revisado en función de la evolución del número de miembros que componen los hogares y las familias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y, en todo caso, con la publicación de los Censos de Población y Vivienda".

El denominado coeficiente de habitabilidad que fija la Orden de 29 de septiembre de 2008 no sólo se ha utilizado a los efectos del cálculo del crecimiento poblacional en aplicación de la Norma 45 del POTA, sino que se ha generalizado y admitido como criterio de determinación de la población a los efectos del cálculo de infraestructuras, dotaciones y servicios, incluido el estándar de reserva de terrenos con destino a sistema general de espacios libres que, conforme al artículo 10.1.A.c1) de la LOUA viene referido superficie de espacios libres por habitantes<sup>5</sup>.

Por otra parte, según el Decreto 11/2008, de 22 de enero, para la determinación del parámetro de crecimiento de población se tendrá en cuenta el dato de población existente para el conjunto de municipios de Andalucía al momento de la aprobación definitiva de la revisión o nueva redacción de cada Plan General de Ordenación Urbanística. La complejidad de la regla reside en que el pronunciamiento de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio se produce tras la aprobación inicial mediante el correspondiente informe de incidencia territorial, obligando a aventurar un cálculo de población previsible al momento del final de la tramitación del correspondiente Plan General. Entendemos que este cálculo deberá efectuarse según la metodología utilizada por Instituto Nacional de Estadística para efectuar la *Proyección de Población a Corto Plazo*.

<sup>5</sup> El artículo 10.1.A.c1) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, dispone que los Planes Generales deben contemplar como ordenación estructural los sistemas generales. Como mínimo deberán comprender las reservas precisas para parques, jardines y espacios libres públicos en proporción adecuada a las necesidades sociales actuales y previsibles, que deben respetar un estándar mínimo entre 5 y 10 metros cuadrados por habitante, a determinar reglamentariamente según las características del municipio.

#### IV. LAS ADAPTACIONES PARCIALES DEL INSTRUMENTO GENERAL VIGENTE (PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA O NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO MUNICIPAL A LA LEY 7/2002, DE 17 DE DICIEMBRE)

Según lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, los Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal o Delimitaciones de Suelo Urbano y los restantes instrumentos legales para su desarrollo y ejecución que se hubieran aprobado conforme a la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, con anterioridad a su entrada en vigor, continuarán vigentes hasta su revisión o su total cumplimiento o su ejecución. No obstante, *“los municipios podrán formular y aprobar adaptaciones de los Planes y restantes instrumentos, que podrán ser totales o parciales. Cuando las adaptaciones sean parciales deben alcanzar, al menos, al conjunto de las determinaciones que configuran la ordenación estructural”*.

Como quedó antes expuesto, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, no estableció un plazo de adaptación del planeamiento general a sus determinaciones, pero sí dispuso que transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor (20 de enero de 2007), *“no podrán aprobarse modificaciones del planeamiento general que afectan a las determinaciones propias de la ordenación estructural, a dotaciones o a equipamientos cuando dicho instrumento de planeamiento no haya sido adaptado a la presente Ley al menos de forma parcial”* (disposición transitoria segunda, apartado 2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre).

El Decreto 11/2008, de 22 de enero, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de vivienda protegidas, se ha dictado para cumplir con la finalidad, según se recoge en su propia exposición de motivos, de contribuir a una adecuada adaptación de los Planes Generales de Ordenación y restantes instrumentos a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

Así, el artículo 2 del Decreto 11/2008, de 22 de enero, define la adaptación parcial como un proceso de formulación y aprobación de un documento que adecua las determinaciones de la figura de planeamiento en vigor a las disposiciones de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, teniendo en cuenta que la adaptación parcial, según la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, deberá alcanzar, como mínimo, *“al conjunto de determinaciones que configuran la ordenación estructural, en los términos del artículo 10.1 de dicha Ley”*.

Dejando a salvo la definición legal de este concepto, la Adaptación parcial se concibe como una actualización o *aggiornamento* del planeamiento general vigente que suma a su contenido sustantivo aquella regulación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, que resultan de directa aplicación según su disposición transitoria primera<sup>6</sup>; reconoce la prevalente aplicación de las normas sobrevenidas de la legislación y de la planificación especial; acoge la alteración de la calificación jurídica de los terrenos como consecuencia del cumplimiento de las

determinaciones del planeamiento general vigente, incluidas sus posteriores innovaciones y; en consecuencia, procede a la adecuación del contenido documental del planeamiento general.

Sin embargo, ni constituye ni puede constituir objeto de una adaptación parcial la alteración de la ordenación del planeamiento vigente, sea de su ordenación estructural o pormenorizada.

Las Adaptaciones parciales no producen innovación alguna en el instrumento de planeamiento vigente, sino que suma, reconoce y acoge aquellas que hayan sobrevenido desde su aprobación definitiva.

El principal efecto que tiene la Adaptación parcial, aparte de proporcionar un documento actualizado y omnicompreensivo, es que de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, aprobada la adaptación parcial pueden tramitarse y aprobarse, si procede, cuantas innovaciones del planeamiento general vigente sean formuladas por el Municipio o presentadas por personas interesadas, sin que a ello pueda oponerse el impedimento que se expresa en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en virtud de la cual, recordemos, si no se producía la Adaptación a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, a partir de 20 de enero de 2007 no podían aprobarse modificaciones del planeamiento general vigente que afectaran a la ordenación estructural, dotaciones y equipamientos.

#### V. EFECTO DE LA CLÁUSULA DE SOSTENIBILIDAD DEL TRLS DE 2008 SOBRE EL PLANEAMIENTO GENERAL

En los apartados anteriores se han analizados los distintos obstáculos que los instrumentos de planeamiento general se han encontrado en su vigencia, representados principalmente por la propia limitación que la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, imponía en el régimen de innovación de los instrumentos de planeamiento general, con objeto a forzar su adaptación a la legislación urbanística andaluza, así como la limitación del crecimiento establecida en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

Recientemente, se ha aprobado el TRLS de 2008, que entre otras disposiciones legales recoge la Ley de Suelo aprobada en virtud de la Ley 8/2007, de 28 de mayo. Esta Ley estatal ha supuesto otra nuevo condicionante al régimen de vigencia y de innovación de los instrumentos de planeamiento general vigentes. De conformidad con el artículo 15.6 del TRLS de 2008, *“la legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente”*.

Traduciendo el escorzo semántico en el que el precepto incurre en evitación de utilizar términos urbanísticos (para los que el Estado carece de competencias), baste decir que el artículo remite a la legislación autonómica la determinación de los supuestos en los que una nueva propuesta urbanizadora, por su entidad o relevancia, no podrá instrumentarse a través de una modificación o innovación parcial del Plan General, sino que será obligado efectuar una revisión total del instrumento de planeamiento urbanístico o de la planificación territorial en su conjunto. Ello entendiendo a que la nueva actuación pudiera tener afectos ambientales

<sup>6</sup> Según la disposición transitoria primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, *“desde la entrada en vigor de esta Ley serán de aplicación íntegra, inmediata y directa, cualquiera que sea el instrumento de planeamiento que esté en vigor y sin perjuicio de la continuación de su vigencia, los títulos II, III, VI y VII de esta Ley”*. En consecuencia, resultaron de aplicación íntegra, inmediata y directa los preceptos que regulan el régimen y la clasificación del suelo, los mecanismos de intervención en el mercado de suelo, (patrimonios públicos de suelo, derecho de superficie y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto), la disciplina urbanística y Las Infracciones Urbanísticas y Sanciones.

que trascienden del ámbito específico en el que ésta se proyecta, y que por tanto merezca la evaluación de su impacto en relación al conjunto del término municipal; debiendo por tanto procederse no a una modificación del Plan General sino a una revisión total del mismo.

La Comunidad Autónoma de Andalucía no ha aprobado aún norma alguna que determine los casos en los que una nueva propuesta de clasificación de suelo requiera la revisión del correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística. En tal caso, según prevé la disposición transitoria cuarta del TRLS de 2008: "Si, trascurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística no estableciera en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión será necesaria cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20% de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial".

En efecto, el plazo dado de un año desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo expiró en fecha de 1 de julio de 2008. Lo cual se traduce en que, a partir de la citada fecha, cualquier modificación de planeamiento debe realizar el análisis de cuánta superficie de suelo representa la actuación en el conjunto del ámbito ordenado y el aumento de población que en su caso aporta. Esta evaluación debe efectuarse, además, tomando en consideración las modificaciones que han sido objeto de aprobación en los dos últimos años.

Será frecuente que ciertos municipios, a pesar de haber hecho el esfuerzo para adaptar parcialmente sus respectivos instrumentos a la LOUA, y con ello tener la facultad de realizar algunas de las modificaciones que estaban vedadas en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 2, de esa Ley, en estos momentos no puedan tramitar las modificaciones interesadas porque ésta sobrepase los parámetros previstos en la disposición transitoria cuarta del TRLS de 2008.

Respecto al cálculo del aumento de población al que pudiera dar lugar la correspondiente modificación, éste deberá computarse según el coeficiente de 2,4 habitantes por viviendas, en aplicación de la Orden de 29 de septiembre de 2008 de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio; pudiéndose tomar para determinar la base a la que referir el porcentaje, la cifras oficiales de población conforme al censo del municipio.

Más compleja es la determinación del suelo que debe ser computado para fijar la base a la que haya que referirse la superficie de suelo que vaya a ocupar la actuación proyectada. En el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 se dice que ésta actuación (sumada con las aprobadas en los dos años anteriores) no podrá ocupar más del 20% del *suelo urbanizado del municipio*. Sin embargo, tal concepto, el de suelo urbanizado, no tiene una equiparación automática con ninguna categoría de suelo que pueda venir reflejada en el Plan General.

Evidentemente, la categoría con la que guarda mayor conexión el suelo urbanizado es la de suelo urbano (¿incluido el no consolidado?), pero ha de admitirse que existen ciertas diferencias entre uno y otro concepto. Según el artículo 12.3 del TRLS de 2008 se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento. Entre el suelo urbanizado también habremos de incluir aquél cuya actuación de urbanización haya finalizado ya. Según

el artículo 14.2 del TRLS de 2004, la terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

Sin intención de ahondar ahora en las diferencias que pueda presentar el suelo urbanizado, según se define en el TRLS de 2008, con el suelo urbano de la legislación urbanística autonómica, es preciso señalar que esta falta de correspondencia es más acusada en los sectores de suelo urbano no consolidado perimetrales (artículo 17.4 de la LOUA), no sujetos a operaciones de reforma o renovación, que difícilmente pueden quedar subsumidos en los criterios del artículo 12.3 del TRLS de 2008.

Por otra parte, el carácter formal que el suelo urbano tiene para el artículo 45.1 de LOUA, que sólo reconoce la pertenencia a esta clase de suelo respecto de los terrenos que "*el Plan General de Ordenación Urbanística o el Plan de Ordenación Intermunicipal adscriba*" a alguna de sus categorías, está reñido con el carácter dinámico que para el TRLS de 2008 tiene el suelo urbanizado, del que no se exige reconocimiento formal alguno.

En cualquier caso, es necesario que, a falta de una norma autonómica que regule los casos en los que "el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre", se den mientras tantos, por parte la Administración, criterios claros para poder acoger con la mayor seguridad jurídica y univocidad en todo el territorio andaluz el cumplimiento de la disposición transitoria cuarta del TRLS de 2008.

Respecto a las innovaciones de planeamiento a las que se les aplica la referida cláusula de sostenibilidad, en la norma tampoco se establece con claridad un régimen transitorio claro. Debe considerarse, en atención a la aplicación analógica del régimen transitorio de la disposición transitoria primera del TRLS de 2008 que esta cláusula será exigible a los cambios de ordenación cuyo procedimiento de aprobación se inicie (mediante su aprobación inicial) con posterioridad al día 1 de julio de 2008, no siendo por tanto aplicables a los que ya obtuvieron la correspondiente aprobación inicial antes de esa fecha.

**sección gestión de  
despachos**



## Marketing jurídico. Cómo ser una referencia en el mercado

**Francesc Domínguez**  
Consultor de marketing jurídico, socio de Domínguez & Guiu, S.L.

Acercar el marketing jurídico a los abogados malagueños, un marketing respetuoso con los valores de la abogacía, fue el eje de la exposición del ponente.

Hablamos a la audiencia sobre:

1. ¿Cómo decide y qué contrata realmente el cliente potencial?
2. Requisitos para ser una referencia en el mercado.
3. La venta de los servicios jurídicos.

### I. ¿CÓMO DECIDE Y QUÉ CONTRATA REALMENTE EL CLIENTE POTENCIAL?

Los clientes eligen despacho o abogado según sus percepciones. Por ello es tan importante gestionar bien la percepción social de un despacho o de un abogado, sobre una base de honestidad profesional. Los clientes eligen sobre la base de sus percepciones y justifican sus decisiones, en mayor o menor medida, de manera racional.

Para “vender” los servicios jurídicos hay que saber qué contrata realmente el cliente. Se trata de un beneficio que el buen abogado (el que tiene interiorizados los valores de la abogacía) siempre ha aportado al cliente, pero que éste en la mayoría de casos no lo sabe explícitamente. Es fundamental saber qué contrata realmente el cliente, cuál es el motivo básico de su decisión de contratación, y saber si estamos capacitados y preparados para aportárselo.

### II. REQUISITOS PARA SER UNA REFERENCIA EN EL MERCADO

Desde el punto de vista del despacho, a partir de contar con una sólida preparación en derecho:

- Tener una estrategia o plan claro de consolidación en el mercado, a corto, medio y largo plazo. Quien no tiene una estrategia y plan de actuación claramente definidos está “planeando” su propia limitación en el mercado.
- Contar con los profesionales adecuados para conseguir hacer realidad la visión de negocio o rumbo del despacho. Los profesionales deben ser seleccionados sobre la base, sobre todo, de sus actitudes y personalidad. El carácter es más importante que un brillante currículum académico.
- Adaptar la organización a la estrategia para poder conseguir los resultados esperados.

Desde el punto de vista del abogado, es necesario que éste:

- Sepa qué es lo que le singulariza en el mercado jurídico.
- Identifique a los clientes deseados y amplíe las barreras propias que todos tenemos, es decir, la cartera de contactos, pero no cualquier contacto, sino los adecuados que ayuden a conseguir los objetivos del profesional.
- Mejore la propia autoestima, la autoimagen y superar los temores que nos hacen perder oportunidades de asesorar a los clientes a los que podríamos asesorar.
- Sepa gestionar la propia percepción social.

### III. LA VENTA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

Estamos “vendiendo” continuamente, todo el día. El ponente describió el proceso de venta moderna, basado en ayudar al cliente a tomar decisiones adecuadas, inteligentes, que el

cliente debe tomar a partir de la ayuda o asesoramiento del abogado. Remarcó la importancia de la escucha y de utilizar bien las herramientas del abogado, las preguntas. Igualmente hizo hincapié en la necesidad de saber detectar el verdadero motivo de contratación del cliente potencial. Finalmente comentó cómo abordar la relación con las diferentes tipologías de clientes.



Responsabilidad social empresarial en  
despachos de abogados: una respuesta  
a las nuevas exigencias de la sociedad

**José Joya Roldán**  
Director General de ROADMAP

## RESUMEN

La Responsabilidad Social Empresarial se desarrolla en un contexto mundial, donde el peso de las empresas es cada vez mayor, y sus decisiones tienen un importante impacto en los entornos y comunidades, desde el punto de vista social, económico y medioambiental.

Al mismo tiempo, las empresas se enfrentan a nuevos retos como son la globalización, el desarrollo sostenible, la movilidad o las exigencias de los grupos de interés, que empiezan a incorporar criterios sociales, y medioambientales en sus decisiones de compra.

Es ahí donde nace el empuje de la responsabilidad social empresarial, como un nuevo modelo de gestión basado en valores, y que persigue una nueva relación empresa y sociedad.

La Responsabilidad Social Empresarial es el compromiso que adquieren las empresas, más allá del cumplimiento de los requisitos legales que le aplican, de integrar las preocupaciones sociales, económicas y medioambientales de sus grupos de interés, en estrategia, decisiones y operaciones.

Algunos de los elementos que componen la responsabilidad social empresarial son los relacionados con su buen gobierno, su capacidad para innovar, la cadena de suministro, su capacidad para eliminar o minimizar sus impactos medioambientales, y todos aquellos relacionados con las personas, como la igualdad de oportunidades, la gestión de la diversidad, la seguridad en el trabajo, o la integración de colectivos desfavorecidos, que puede desplegar tanto en su dimensión interna, como externa.

## I. LOS NUEVOS RETOS DE LAS ORGANIZACIONES

Las empresas y organizaciones se enfrentan a nuevos retos, que debe reconocer y abordar:

- La globalización, desde un punto social, económico y medioambiental.
- El desarrollo sostenible es ya una necesidad para la supervivencia de nuestro entorno.
- La ética de las organizaciones es una prioridad. Los ciudadanos, ya sean consumidores, o clientes, exigen comportamientos más éticos y responsables a las empresas. "ya no vale todo" en los negocios.
- la movilidad de las personas y de las empresas es una realidad. Las nuevas generaciones tienen una mayor capacidad de desplazarse, y las empresas se deslocalizan de forma rápida.
- La movilidad nos obliga a desarrollar estrategias para captar y retener el talento. Esta movilidad obliga a las empresas a diseñar estrategias que le permitan, por una parte, captar el Talento si están creciendo pero, por otra, retenerlo para que no se vayan
- Los financiadores, los consumidores, los clientes, cada vez más comprometidos y preparados para cambiar sus preferencias, si las organizaciones no son transparentes en cuanto a las condiciones sociales en que las se prestan los servicios.
- La mejora de las comunicaciones y la tecnología nos pone en contacto con mayor número de clientes, y proveedores, pudiendo acceder a los mercados, a grandes distancias y en tiempo real.

- La competitividad ya no solo depende de aspectos como la eficiencia, o la innovación sino también de la capacidad que tengamos para dar respuestas concretas a la comunidad o el entorno de nuestras organizaciones

## II. ES NECESARIO CAMBIAR EL PARADIGMA

El paradigma está cambiando, hemos pasado de una sociedad de ciudadanos y de clientes que, hasta ahora, eran receptores pasivos de productos y servicios, a una sociedad, ciudadanos y clientes que participan activamente en la decisión de compra, tienen en cuenta sus percepciones sobre la calidad del servicio o productos ofrecidos, y con capacidad de comparar, y elegir más allá de su entorno, y estamos evolucionando, en muy pocas décadas a una sociedad mas compleja, más global, con clientes con mayor movilidad, mayor oferta y gama, donde las nuevas tecnologías contribuyen a una mayor difusión del conocimiento, y de la información, y que empieza a incorporar criterios sociales y medioambientales en sus decisiones de compra.

Hasta hace muy poco tiempo, era suficiente para una empresa tener un producto o servicio de calidad podía optar a un mercado, a tener clientes (cliente puntual). Para conseguir que el cliente siga comprando ha sido necesario avanzar hacia parámetros de excelencia, como la gestión de los procesos, la gestión de las personas, el liderazgo, o el uso de la tecnología. Sin embargo, la fidelización tiene, cada vez mas, un listón más alto, y que esta orientado no sólo a la calidad de los productos o servicios, sino también a los aspectos sociales y medioambientales desarrollados por la empresa

En definitiva, ya no es suficiente con "ser bueno en lo que hacemos", sino también "en como lo hacemos". Esto último es la Responsabilidad Social de las empresas (RSE).

Para la RSE, no es prioritario la actividad o el sector de la organización (lo que hace la empresa), esto es, la actividad no presupone que una empresa sea más responsable que otra. Por tanto, no existen, a priori, unos sectores más "responsables" que otros.

Una empresa química puede ser "una empresa responsable", si aplica tecnología para minimizar sus impactos medioambientales, si invierte en innovación, si garantiza unas condiciones óptimas a sus trabajadores y, por el contrario, una empresa de textil puede no ser una "empresa responsable", sino controla los sus impactos, o no garantiza unas condiciones mínimas a los trabajadores de sus contrataciones en países en vías de desarrollo.

## III. UNA BUENA RELACIÓN EMPRESA-SOCIEDAD

La Responsabilidad Social Empresarial no pretende cambiar el modelo de empresa. Una empresa seguirá teniendo accionistas, directivos, trabajadores, clientes, financiadores, etc. Lo que pretende la RSE es cambiar el modo en que las empresas se relacionan con su Entorno.

Una relación basada en la escucha y el dialogo con las partes interesadas, en una toma de decisiones y de comportamientos éticos, y una transparencia en comunicar los logros y avances de la empresa, en los aspectos social, económico y medioambiental

En resumen, la Responsabilidad Social Empresarial es:

- Una forma distinta de entender la empresa, centrada en valores para generar valor

- Una respuesta eficaz a las nuevas demandas del entorno, que ofrece soluciones a los fallos del modelo financiero de empresa
- Una nueva de relación entre la empresa, su entorno, y la sociedad
- En definitiva, es importante porque refleja los valores fundamentales de la sociedad en la que queremos vivir

#### IV. QUE NO ES LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

- La RSE no es la actualización del mensaje filantrópico de las empresas de financiar acciones sociales. Incluso muchas empresas confunden este concepto, con el gabinete de salud laboral, o el de actos sociales
- La RSE no es una certificación, ni una herramienta de marketing
- La RSE no es sólo acción social. La Acción Social es un elemento más de la RSE, pero debe estar incorporada a una visión amplia de la misma, como expresión de las relaciones de la organización con la comunidad donde opera. "Las empresas socialmente responsables, tienden a realizar acción social, pero no todas las que realizan acción social, son empresas socialmente responsables"
- La RS no supone un nuevo ámbito normativo, ni puede entenderse excluyente del cumplimiento de obligaciones legales existentes para las comunidades locales en las que operan las empresas, que quieren saber que conviven con organizaciones que comparten sus valores y preocupaciones

##### 1. La RSE nos afecta a todos y a todas

La Comisión Europea entiende que la RSE nos afecta a todos, y es importante:

- Para las empresas que quieren mejorar su rendimiento económico, ambiental y social, a corto y largo plazo
- para los que trabajan en las empresas, o para ellas, a quienes puede ayudar a crear un entorno laboral más justo e incentivador.
- para los clientes y los consumidores, que prestan una atención creciente a las referencia sociales y ambientales de los productos y servicios que compran para los inversores, que sienten que debe fomentarse la conducta empresarial responsable
- para la gente de otras partes del mundo, que espera que las empresas actúen con valores y principios internacionales
- para las generaciones futuras, que esperan vivir en un mundo que respeta a las personas y a la naturaleza

#### V. DEFINICIÓN DE LA RSE

Aunque ha existido un debate y cierta confusión inicial en la nomenclatura de los términos RSE, o RSC, Responsabilidad Social Empresarial o Responsabilidad Social Corporativa, respectivamente, es la primera, la RSE, la definición aceptada y utilizada, tanto en las Comunicaciones de la Comisión Europea, como en la del Congreso de los Diputados, para referirse a la responsabilidad social de las empresas. Parece acertado, pues el término "corporativo"

podría llevar a confusión al interpretarse como sólo aplicable a las grandes "corporaciones" o multinacionales.

En cualquier caso, podemos también hablar de Responsabilidad Social de las Organizaciones, pues el concepto es igualmente aplicable a cualquier organización de la sociedad civil, ya sea una Administración, o una entidad no lucrativa

Como definición, adoptaremos la del Foro de Expertos de RSE en España:

*"La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones".*

*(Foro Expertos del Ministerio de Trabajo e Inmigración)*

#### VI. DIMENSIONES DE LA RSE

La Empresa puede abordar la RSE, desde un punto de vista **interno** o **externo** a la empresa. Estas son las denominadas "dimensiones de la RSE".

Por otra parte, las áreas o ámbitos sobre las que la empresa puede actuar son en el ámbito **social**, el **económico** o el **medioambiental**.

Por último, cada una de las áreas de actuación contiene o puede desarrollar diferentes elementos, actividades o actuaciones, según el tipo de empresa, sector, actividad, localización, y necesidades y expectativas de sus grupos de interés, entre otros criterios

##### 1. Dimensión interna

Se refiere a los aspectos internos de la empresa, relacionados con los accionistas, el personal de la empresa y su derecho a la libre negociación colectiva, y la no discriminación, pero también aborda aspectos relacionados con la gestión interna, la calidad de los productos y servicios, así como los aspectos medioambientales vinculados con la producción y/o prestación de servicios y producto.

##### 2. Dimensión externa

Se refiere a como la organización se relaciona con los grupos de interés externos, ya sean clientes, proveedores, financiadores, o la competencia, pero también con su entorno social y medioambiental

#### VII. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN

##### 1. Ámbito de actuación Social

Aborda el impacto social que las actuaciones de la empresa tienen sobre el personal, en la sociedad, y en el entorno o comunidad donde desarrolla sus actividades.

La empresa puede abordar diferentes aspectos:

- En su dimensión interna
- como la calidad del empleo

- el desarrollo de políticas de conciliación vida laboral y personal
- igualdad de oportunidades
- gestión de la diversidad
- políticas de formación y desarrollo profesional
- Participación de los trabajadores y trabajadoras

En su dimensión externa

- Voluntariado
- Creación de empleo
- Implicación en la Comunidad
- Integración de colectivos desfavorecidos

## 2. **Ámbito de actuación Económico**

Aborda la capacidad de de la empresa de crear riqueza, y de generar beneficios de una forma sostenida, y ética, que garantice la continuidad de la empresa

La empresa puede abordar diferentes aspectos:

En su dimensión interna:

- Buen Gobierno
- Código Éticos y de Conducta
- Sistemas de medición y gestión
- Capacidad de innovar
- Transparencia

En su dimensión externa:

- Evaluación de cadena de proveedores
- Capacidad de acceder a nuevos mercados
- Inversión socialmente responsable
- Donaciones, patrocinios, mecenazgo

## 3. **Ámbito de actuación Medioambiental**

Contempla el impacto medioambiental de las actividades, productos, o servicios de la empresa, tanto internos como externos

La empresa puede desarrollar diferentes actuaciones en este ámbito:

En su dimensión interna:

- Reducción de consumos
- Eficiencia energética
- Ecodiseño
- Reciclaje
- Reducción, eliminación de emisiones de CO2

En su dimensión externa:

- Conservación del entorno
- Reforestación
- Compensación de emisiones de CO2
- Formación ambiental a clientes

# sección de derecho laboral



Estudio de la L.O. 3/2007, de 22 de  
marzo, para la igualdad efectiva de  
mujeres y hombres en las relaciones  
laborales

**Gonzalo Moliner Tamborero**  
Magistrado del Tribunal Supremo - Sala 4ª

## I. INTRODUCCIÓN

La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante LOI) constituye por ahora el fin de un proceso legislativo encaminado a conseguir la efectiva igualdad de los hombres y de las mujeres dentro de nuestro sistema social. Este proceso legislativo es fruto de los esfuerzos de muchas mujeres pero también de muchos hombres que desde los albores de la Edad Moderna consideraron contrario a la dignidad humana el trato degradante y desigual que recibían las mujeres debido a usos y costumbres que se remontaban a los albores de nuestra civilización. Aunque el origen formal de ese camino hacia la consecución de la igualdad de derechos de todos los seres humanos se pueda situar en los principios de la Revolución Francesa —recordemos el deseo de “libertad, igualdad, fraternidad”— lo cierto es que han sido los Siglos XX y XXI, y en nuestra civilización occidental, la época y el lugar en que el desarrollo de aquel principio de igualdad se ha ido produciendo poco a poco, comenzando por conceder a las mujeres el derecho de voto, reconociéndoles la posibilidad de administrar sus propios bienes sin el consentimiento de su marido, reconociendo el derecho a la separación o al divorcio, etc etc.

En este largo camino hacia la igualdad real de hombres y mujeres, con independencia de leyes puntuales anteriores que ya iban en esa dirección —por ej. en la Constitución de 1931 en cuyo art. 43 se proclamaba que el matrimonio se funda en “la igualdad de derechos de ambos sexos” que no tuvo eficacia práctica, y más recientemente la Ley 14/1975 que derogó la necesidad de licencia marital para la actuación de la mujer en el tráfico jurídico— lo cierto es que es la Constitución del año 1978 la que puso la primera piedra firme en dicho camino cuando introdujo en su art. 14 los principios de no discriminación y de igualdad al declarar que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo”, siguiendo en ello criterios que ya se habían esbozado en normas internacionales como en el art. 24 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, en la Declaración de Filadelfia de 1944, en diversos Convenios de la OIT, o en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957, en este caso con relación exclusiva a la igualdad de remuneración de hombres y mujeres”.

Pero en general, toda esta normativa, proclamando los principios de igualdad y no discriminación contenía deseos más que realidades, por lo que hacía falta un impulso que pusiera en valor aquellos principios mediante la previsión de actuaciones, y este impulso ha venido dado desde los órganos rectores de la Unión Europea, que han sentado las bases de lo que puede ser un régimen de derechos y obligaciones igualitario, y lo ha hecho fundamentalmente a partir del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992 al incluir en aquel art. 119 no solo la posibilidad de establecer acciones positivas a favor de la mujer sino ampliando el principio de igualdad de trato más allá del campo de las condiciones de trabajo fijando el concepto de igualdad de género como una de las señas de identidad europea, lo que fue reiterado y ampliado en el Tratado de Ámsterdam de 1997 al introducir en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un apartado 3 en su nuevo art. 141 (que sustituyó en su numeración al art. 119 precitado) en el que se dispuso que el Consejo por medio de Directivas “adoptará medidas para garantizar la igualdad de trato para hombres y mujeres..”, aceptando incluso en su art. 4 la posibilidad de que los Estados en desarrollo de esa política de igualdad de trato pudieran “mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales..”, habiendo

promulgado a raíz de tales previsiones Directivas tan importantes como la 92/85/CEE sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la 07/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, Directiva 2002/73/CEE de 23 de septiembre, modificativa de la anterior 1976/207/CEE precitada para recoger principios y normas que no pretendían tan solo profundizar en el principio de igualdad sino establecer pautas de comportamiento y criterios a seguir por los Estados para conseguir el objetivo propuesto; en camino que ha sido continuado y ratificado por el Tratado de Lisboa de 2007 por el que se dio el valor jurídico de Tratado a la Carta de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 DOUE de 14 de diciembre de 2007 (2007/C 303/01) —autorizado por Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (BOE del 31-7—) en cuyos arts. 20 y 21 se recogen aquellos principios de igualdad y no discriminación.

El impulso producido por esta normativa comunitaria junto a una potenciación de previsiones ya contenidas en normas anteriores ha llevado a publicación de esta LO 3/2007, con la que se ha pretendido dar un paso de gigante hacia la consecución de ese objetivo social, siguiendo los de otras leyes recientes que profundizaron en esa andadura como lo fue la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, o la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las pautas marcadas por las Directivas comunitarias antes indicadas. En efecto, la LOI se ha dictado con el objetivo de alcanzar “la igualdad efectiva entre hombres y mujeres” como se pone de manifiesto en la propia rúbrica de la Ley —pues se titula Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—, en su Exposición de Motivos y en su articulado, comenzando por el art. 1 en el que proclama que “las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humanas, e iguales en derechos y deberes”, anunciando que “esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida singularmente en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural...”

Como se desprende de este precepto —art. 1— con la Ley se trata de conseguir la igualdad en todos los órdenes de la vida y para ello lo que ha hecho es regular el principio de igualdad por razón de sexo desde un punto de vista global, mediante la introducción de unos principios de actuación y unas políticas que cubren todos los órdenes de la vida y desde todos los ángulos, con implicación de todos los estamentos sociales y no solo de los políticos. El art. 15 de la misma, se refiere a la “transversalidad del principio de igualdad” al disponer que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres informará con carácter transversal la actuación de todos los poderes públicos”, pero no solo a los poderes públicos porque también obliga a los empresarios a tomar en consideración estos principios en los planes de igualdad que habrán de introducirse en las empresas —art. 45 y concordantes—.

Este principio de transversalidad junto con el de corresponsabilidad, en las tareas familiares por parte del varón, ya abordada en normas anteriores que ahora se desarrollan y aplican, se han convertido como ha dicho algún autor<sup>1</sup> en “piezas de fuerza” o ejes de la política comunitaria de igualdad de género, y, quizás a remolque de las previsiones comunitarias, también en nuestro país a partir de la vigencia de dicha Ley. Transversalidad y corresponsabilidad

<sup>1</sup> Pérez de Río, T. “Revista de Derecho Social” nº 37-2007; pág. 226.

constituyen, y es preciso subrayarlo aquí, una importante superación de las medidas hasta ahora vigentes en materia de igualdad en cuanto suponen mucho más que el mantenimiento del principio de igualdad formal o de la introducción de medidas de conciliación que hasta ahora se habían adoptado, que por sí mismas nunca hubieran servido para conseguir aquella meta igualitaria que con la nueva Ley se pretenden

De entre las muchas materias que trata y regula esta nueva norma tiene especial importancia las que afectan al mundo del derecho del trabajo y de la Seguridad Social, como ya se recoge en la Exposición de Motivos de la misma al resaltar la “especial atención” que hay que prestar a la corrección de la desigualdad en el ámbito de las relaciones laborales, y a la que dedica gran parte de su articulado, de conformidad con una realidad básica cual es la de que sin un trabajo retribuido y articulado en la misma medida que el del varón es impensable pensar en conseguir ese deseo de igualdad en los demás órdenes de la vida.

Aquí y ahora no me corresponde a mí desbrozar todas las previsiones que se contienen en dicha Ley, ni siquiera de las que afectan al mundo de las relaciones laborales, ni hacer un comentario particularizado de las mismas. Simplemente voy a tratar, dentro de las múltiples consecuencias que de su articulado se puede derivar las que considero van a influir de forma directa en la doctrina de los Tribunales y más en concreto en la Jurisprudencia de la Sala 4ª del TS a la que yo ejerzo mis funciones judiciales.

Para ello voy a destacar en primer lugar la importancia, de cara a ese futuro jurisprudencial, de las diversas previsiones que se contienen en el Título I de la Ley acerca de la interpretación de lo que al norma quiere y preconiza, para referirme después a las materias concretas sobre las que ya existía doctrina judicial y a las que de alguna manera va a afectar esta nueva norma legal y su futura aplicación por los Tribunales del orden social.

## II. IMPORTANCIA, A EFECTOS JURISDICCIONALES, DE LAS PREVISIONES DEL TÍTULO I

El Título I de la LOI, aunque no está dedicado a regular la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el mundo de las relaciones laborales contiene, sin embargo, unos principios y definiciones de los que necesariamente hay partir para comprender el alcance de la reforma laboral, que por su importancia conviene resaltar por el importante influjo que van a tener en la aplicación futura de la misma por parte de los Tribunales de Justicia.

### 1. La igualdad entre hombres y mujeres como principio interpretativo

Lo primero que procede resaltar a los efectos antes señalados es la disposición contenida en el art. 4 de dicha proclama que *“la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*. No cabe duda de que antes de la promulgación de esta Ley ya sabíamos que los principios de igualdad y no discriminación existían y que había que observarlos en la interpretación y aplicación de las normas que, entre otros, corresponde hacer a los Jueces y Tribunales, pero el legislador nos lo recuerda en tono imperativo como puede apreciarse, y el hecho de recogerlo como principio informador del ordenamiento jurídico lo sitúa dentro de las fuentes del derecho en la medida en que al

mismo se refiere el art. 1.4 del CC, lo que supone una necesaria referencia para la actuación judicial<sup>2</sup>.

Este principio interpretativo lo conocíamos porque se desprende del propio principio de igualdad que se contiene en el art. 14 de la Constitución, y porque en más de una ocasión lo había proclamado el Tribunal Constitucional, tanto en sentencias de su primera etapa como las de 31 de marzo y 23 de julio de 1981 o 4 de mayo de 1982, como en las más recientes cual la 3/2007, de 15 de enero y las que en ella se citan Sabíamos porque en dichas resoluciones el TC<sup>3</sup> nos lo había dicho de forma reiterada que las normas legales hay que interpretarlas e conformidad con los fines previstos en la Constitución, o, lo que es igual, que las previsiones constitucionales “han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. Pero, conociendo el principio, no podemos dejar de reconocer que los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria en los países de derecho continental, como han señalado algunos tratadistas y es cierto<sup>3</sup>, tenemos una especial “fidelidad a la ley”, lo que se ha calificado como “cultura positivista de la judicatura”, que hace que nos sea difícil remontarnos a interpretar los principios constitucionales. Por lo que resuelta especialmente interesante para el futuro que ese principio constitucional se haya recogido en una Ley como garantía última de que a partir de ahora será mas tenido en cuenta por la futura doctrina judicial, como un elemento más de interpretación de esta Ley junto con los que con carácter general se utilizar de ordinario en aplicación de las previsiones que al efecto se contemplan en el art. 3 del Código Civil

Ahora bien, no se puede olvidar que una cosa es interpretar la Ley conforme a la Constitución y otra distinta no aplicar lo dispuesto en la norma legal de cuyo contenido no se puede salir el Juez ordinario por mandato constitucional —art. 118 CE—: lo que, como veremos, puede producir problemas de enfrentamiento entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo a la hora de aplicar estos principios legales.

### 2. Importancia de concretas definiciones incluidas en la Ley; y problemas concretos de interpretación que pueden surgir de las mismas

En este Título nos recuerda el legislador en concreto aspectos tan importantes como la vigencia del principio de igualdad en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo —art. 5—, nos define lo que se entiende por discriminación directa e indirecta —art. 6—, nos dice cuándo existe acoso sexual y el acoso por razón de sexo, cuyas conductas califica por sí mismo como discriminatorias —art. 7—, diciendo lo mismo de discriminación todo trato desfavorable para la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad —art. 8—, garantiza el derecho de indemnidad frente a cualquier represalia que tenga su origen en cualquier discriminación por razón de sexo —art. 9—, nos señala las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias —art. 10— prevé y potencia la adopción de acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad de hecho

<sup>2</sup> Nos lo recuerda LOUSADA ANCHORENA F. en “Ley de igualdad y contrato de trabajo”. Francis Lefebvre, 2007, pág. 17.

<sup>3</sup> Así en GUASTINI R. “Legitimación y Jurisdicción en la Teoría del Derecho”, CGPJ, Madrid 1995; citado y aceptado por MONTALBÁN HUERTAS I. “Interpretación y aplicación de l principio de no discriminación entre muers y hombres. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. La Ley nº 6781 de 16-9-2007; págs. 4-5.



entre hombres y mujeres —art. 11—, establece criterios a seguir para otorgar tutela judicial efectiva en la obtención del derecho a la igualdad —art. 13— y recoge un principio de distribución de la carga de la prueba cuando se trate de enjuiciar cuestiones de esta naturaleza —art. 14—

No hace falta resaltar la importancia que tales definiciones legales van a tener en una futura aplicación de principio de igualdad que la LOI pretende conseguir, porque va de suyo que constituyen lo que se conoce como interpretación auténtica de lo que con dichos preceptos se quiere indicar y por lo tanto de definitiva influencia para la actuación judicial. Sin embargo quizás convenga señalar algunos problemas que la literalidad de dichos preceptos pueden crear en esa adecuada interpretación deseable de los mismos.

#### A) Problemas puntuales en relación con los conceptos de discriminación directa e indirecta

La norma nos ofrece unos conceptos sobre discriminación directa e indirecta que no nos son en modo alguno novedosos, puesto que, aun no explicitados hasta ahora en nuestro derecho positivo, sí que habían sido recogidos y utilizados en la misma medida en que ahora los define la LOI tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, como puede apreciarse en SSTC<sup>4</sup> 145/1991, de 1 de julio sobre discriminación indirecta, I 198/1996/ de 3 de diciembre sobre discriminación indirecta, o la 253/2004, de 22 de diciembre distinguiendo entre discriminación directa o indirecta, y las del TS de 1-6-1999 (rec.-4521/98)<sup>4</sup>, o 4-5-2000 (rec.-3708/99)<sup>5</sup> apreciando situaciones de discriminación indirecta

En este punto la jurisprudencia sólo se puede beneficiar del hecho de que el legislador haya asumido unas definiciones que hasta ahora eran meramente judiciales, si bien es muy interesante tener en cuenta, además cómo el legislador se ha encargado de contemplar como discriminaciones directas por razón de sexo figuras tan precisas como el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el art. 7.3, así como la figura del “chantaje sexual” y el “acoso ambiental” al que se refiere el apartado 4 del art. 7 recogiendo conceptos de la Directiva 2002/73 que también estaban poco claros hasta ahora en nuestro derecho, pues mientras el acoso sexual lo constituye cualquier comportamiento de contenido sexual, el acoso por razón de sexo es el comportamiento “por razón de género” en cuanto que el acosador en este caso no persigue ningún beneficio sexual ni actúa en razón del sexo de la víctima sino en razón de pertenecer a la víctima al género masculino o femenino, por lo que dentro del mismo se puede incluir el comportamiento misógino o el comportamiento homófobo, (la misoginia del acosador en estos casos no la causa el sexo de la víctima sino los estereotipos sociales que tradicionalmente han ido unidos al sexo).

<sup>4</sup> En esta sentencia se calificó de discriminación indirecta una conducta empresarial que más bien constituía un supuesto de discriminación directa pues consistía en que la empresa era la que sugería a determinados empleados solicitar un puesto de Dirección y lo que hacía era sugerirlo a mas empleados que empleadas, sin ninguna justificación.

<sup>5</sup> Sentencia ésta dictada después de haber sido anulada por el TC<sup>9</sup> otra anterior que no reconocía la discriminación indirecta denunciada por la parte actora; en las que se reconoció como discriminación indirecta la medida aparentemente “neutra” de la empresa al exigir una Titulación para acceder al cargo de especialista cuando ni era necesaria ni venía exigida por el Convenio y afectaba de forma desproporcionada a las mujeres que en general carecían de aquella titulación.

Con independencia de la trascendencia general que tienen estas definiciones llama poderosamente la atención una particularidad hasta ahora inédita en nuestro derecho cual es que el art. 6.1 considera discriminación directa por razón de sexo “la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o *podiera ser tratada*, en atención a su sexo de manera menos favorable en situación comparable”. La referencia al *podiera ser* nos lleva a pensar en que también los tratos hipotéticos o potenciales pudieran ser admitidos como discriminación, lo que, con independencia de la dificultad de prueba que ello encierra, crea la problemática procesal consistente en decidir si habrá que aceptar acciones de tutela judicial no actuales sino futuras frente a la regla general de que en el proceso sólo se tutelan pretensiones fundadas en hechos ya producidos y actuales y no conflictos potenciales o preventivos, así STC<sup>9</sup> 127/1989, de 23 de julio en relación precisamente con los derechos fundamentales, SSTS 3-5-1995 (rec.-1557/93) o TS 15-12-2004 (Rec.- 8/2004) en relación con los conflictos colectivos, o STS 12-6-2002 (Rec.- 814/2001)<sup>6</sup>.

La doctrina señala a este respecto que, a pesar de la dicción del precepto, habrá que seguir entendiendo que la discriminación protegida es la que se ha producido o se está produciendo pero no la que todavía no se ha producido, fundada en razones tan serias como las de que la introducción de este precepto se debe a una mala traducción de lo que en parecido sentido de la Directiva 2002/ 73 argumentando que en el texto francés e inglés se dice otra cosa<sup>7</sup>. Pero no debemos perder de vista que tanto en el acoso sexual como en el acoso por razón de sexo no solo califican como tal el comportamiento que tenga por efecto atentar contra la dignidad de una persona por tales razones sino cuando ese comportamiento “*tenga el propósito*” o se haga “*con el propósito*” —art. 7.1 y 7.2— con lo que también en estos casos habrá que aceptar la tutela de este derecho en relación con problemas no actuales sino futuros o hipotéticos, no actuales; bien que en este caso se juzgará el comportamiento actual tendente a..., y no el futuro que encierra el “*podiera ser*”.

Distinta de esta llamada a lo que “*podiera ser*”, discutible desde el punto de vista procesal, aunque relacionada con ella, es la previsión contenida en el art. 6.3 según la cual “*en cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo*”. En este caso, a pesar de que con la sola orden de discriminar lo normal es que no se haya producido ninguna discriminación, lo que sí que existe es ya una orden, un comportamiento actual que el legislador ha contemplado como discriminatorio, y por ello podrá ser impugnado desplegando contra él las acciones de tutela correspondientes; pero en todo caso se trata de un pleito ya con un problema actual.

<sup>6</sup> En la que, con cita de otras anteriores y resumiendo la doctrina de la Sala sobre el particular dijo textualmente que “*no pueden plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera “litis”*”.

<sup>7</sup> GARCÍA RUBIO M<sup>9</sup> AMPARO., “Los aspectos laborales de la ley de igualdad”. Tirant lo Blanch. Colección Laboral nº 179, pág. 35 y 36 señala cómo en tanto en el texto inglés sólo se refieren sólo a discriminaciones que se produzcan o se hayan producido.

B) *Problemática interpretativa en relación con el alcance de los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo*

Señalada más arriba la importancia de que el legislador nos haya marcado la definición de lo que se entiende por acoso sexual y por acoso por razón de sexo, y su inclusión por imperio legal como discriminatorios, un punto de interés interpretativo puede derivar del hecho de que mientras en el art. 7.1 se dice que constituye acoso sexual "cualquier comportamiento verbal o físico" en el art. 2.2 de la Directiva 26/207 CE modificado por la Directiva 2002/73 se recoge otro texto diferente cual es que define como acoso sexual "cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado". Ello planteará qué hacer cuando el comportamiento de acoso no sea verbal ni físico sino que consista en miradas o gestos impúdicos, exhibición o entrega de material pornográfico, u otros parecidos no verbales ni aparentemente físicos; pero no cabe duda que la interpretación de estos actos aun no estrictamente físicos ni verbales contienen un comportamiento físico entendido en sentido amplio, y, en cualquier caso se impone una aplicación de la Directiva de acuerdo con el principio de "interpretación conforme" que debe regir en esa materia en relación con lo previsto en las Directivas comunitarias.

Más interesante es el hecho de que la Directiva se refiera a comportamiento "no deseado", mientras que nuestra norma de trasposición no lo exija, lo que plantea el problema de calificar como acoso sexual el que pudiera ser "deseado" por la destinataria del mismo. ¿Cómo se puede interpretar esta diferencia? A mi juicio está claro que el legislador ha partido de la base obvia de que si un comportamiento sexual de otro es "deseado" no puede calificarse de acoso; pero el problema se concretará en determinar si aquella conducta es deseada o no, y en este caso el legislador español lo que ha hecho es mejorar el sentido de la Directiva para evitar precisamente el problema probatorio, de forma que al objetivizar el término "cualquier comportamiento" lo que ha venido a introducir es una presunción, desde luego "iuris tantum" de que un comportamiento sexual que atenta a la dignidad de la persona por su misma naturaleza, con lo que trasladará al presunto acosador y no a la víctima la carga de probar el consentimiento de la víctima del acoso<sup>8</sup>. En este sentido es especialmente interesante como elemento interpretativo lo ya dicho al respecto por la STC 224/1999, de 13 de diciembre al anular una sentencia en la que se exigía para apreciar el acoso sexual que la afectada por el mismo tuviera una clara, rotunda e inmediata reacción contra el agresor, estimando por el contrario que si se produce una conducta libidinosa y que "tal conducta no era deseada por la destinataria" estamos en presencia de un acoso sexual contrario a la dignidad de la persona (art. 18.1 CE) y a la interdicción de la discriminación (art. 14 CE), aunque no se haya producido aquella reacción inmediata que la sentencia de origen exigía.

La importancia de estas definiciones se aprecia, finalmente, si se tiene en cuenta que en alguna ocasión el TS—caso de la STS de 6 de julio de 2006 (rec.-212/04)—, contemplando la impugnación del Convenio Colectivo de Telefónica no se dio lugar a la nulidad del precepto en el que se definía lo que se entendía por "acoso sexual" dentro de un Plan de Actuación dentro de la empresa para perseguirlo, por entender que la restrictiva definición que allí se recogía no podía estimarse que infringiera ningún precepto legal, además de por otras razones. Hoy

<sup>8</sup> En este sentido LOUSADA AROCHENA J.F. "El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual laboral". Edit. Comares, 1996; págs. 106 y sgs.

la solución podría ser distinta a la vista de lo que a todos los efectos el legislador ha querido definir como acoso sexual.

3. *La garantía de indemnidad frente a represalias por el ejercicio de los derechos relacionados con las exigencias de los principios de no discriminación y de igualdad*

El art. 9 considera también discriminación por razón de sexo "cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca a una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres".

La importancia y la novedad de este precepto radica fundamentalmente en que amplía considerablemente la garantía de indemnidad que ya ofrecía la interpretación que se había hecho por los tribunales del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la misma CE. Como se desprende de la sola lectura del precepto la garantía de indemnidad que en su pureza se reconocía hasta ahora sólo a quienes habían ejercitado su derecho ante los Tribunales mediante el ejercicio de actos procesales o preprocesales<sup>9</sup>, la ha extendido la LOI a cualquier reclamación hecha de la forma que sea y ante quien sea—entre otros y muy especialmente ante el empresario— para que pueda jugar esa garantía de indemnidad "frente a cualquier trato adverso o negativo" de ella derivado.

Cabe decir que en este mismo sentido amplio se ha reformado el art. 17, 1, párrafo segundo del ET que desde la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre introdujo la garantía de indemnidad para considerar nula cualquier decisión del empresario derivada de también "una reclamación efectuada en la empresa", además de las judiciales, y lo ha sido en el sentido de incluir también las reclamaciones administrativas, precepto que habrá de ser interpretado conforme al carácter amplio que le da el art. 9 que ahora señalamos.

Esta garantía la sigue ofreciendo el precepto de la LOI en su literalidad tan solo a favor de quien reclama o denuncia en su propio interés, como se desprende de la propia lectura del precepto cuando se trata de la propia discriminación, pero aunque parezca que no protege a terceros, el hecho de que la norma no solo hable de "su discriminación" sino que incluya dentro de su previsión las quejas dirigidas a "exigir el cumplimiento efectivo de principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres" permite sostener que también a estos terceros habría de extenderse la garantía de indemnidad. Esta interpretación es, por otra parte, la que más se corresponde con la referencia recogida en el su

<sup>9</sup> Hasta ahora se había admitido por el TC<sup>9</sup> dentro de la garantía de indemnidad actos preprocesales con un sentido amplio como la conciliación o la reclamación administrativas u otros—por ejemplo la solicitud dirigida por el abogado del trabajador al empresario para llegar a un acuerdo— como puede apreciarse en SSTC 198/2001, de 4 de octubre, 55/2004, de 19 de abril o 120/2006, de 24 de abril entre otras, pero, en cualquier caso la garantía de indemnidad exigía hasta ahora una relación directa o indirecta con un proceso judicial, y acerca de ello la doctrina de las Salas d l o Social de los Tribunales de Justicia han aplicado esa garantía a denuncias laborales ante la Guardia Civil o ante otros organismos en tanto en cuanto han constituido acciones dirigidas a garantizar un derecho laboral. La STS 6-6-2001 (rec.4380/00) aceptó en un "obiter" la posibilidad de que jugara en tal sentido una reclamación ante la Inspección de Trabajo.

considerando nº 17 del preámbulo de la Directiva de 2002, en el que después de afirmar que los trabajadoras disfrutarán de la garantía de indemnidad añade que *“un empleado que defiende o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva debe tener derecho a idéntica protección”*. Es éste un tema de gran interés no tanto en cuanto se refiera a cualquier denuncia de discriminación efectuada por un representante de los trabajadores que a mi juicio quedará protegido por su propia condición de tal, ni tampoco la del trabajador que comparece en juicio a defender a un trabajador o trabajadora discriminado —respecto de cuya situación el TC en sentencia 197/1998, de 13 de octubre le ha dado protección bajo el derecho de toda persona a comunicar libremente información veraz—, sino la del compañero de trabajo que denuncia un acto de discriminación que otro sufre y frente al que no se defiende. Este punto merece especial reflexión y una solución que el texto legal no ofrece con claridad pero del que sí que permite llegar a la conclusión antedicha.

#### 4. El reto acerca de lo que pueden calificarse de acciones positivas

El art. 11 de la ley prevé que tanto los poderes públicos como los particulares puedan tomar medidas de acción positiva *“en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”*, añadiendo que *“tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*.

Estas medidas que, desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, se han incorporado como posibles en el ordenamiento comunitario —art. 141.4 actual del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea—, son conocidas desde hace años en nuestro derecho, aunque no se les diera ese nombre, y tienen por objeto conseguir con su utilización el desequilibrio preexistente entre hombre y mujer, lo que a no dudar es uno de los medios más eficaces para conseguir la igualdad que se pretende. En la actualidad esta posibilidad la ha adoptado la LOI en cuya exposición de motivos anuncia como una directriz en al actuación de las administraciones públicas, y en materia laboral se ha incluido en el punto 4 del art. 17 ET la posibilidad de que en los convenios colectivos se pacten este tipo de medidas, lo que se ha recogido a su vez en el Capítulo VI del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007.

La adopción de acciones positivas en beneficio exclusivo de la mujer tiene sin embargo, el inconveniente básico de que la norma, el Convenio Colectivo o la decisión unilateral del empresario en que consista la pretendida acción positiva —consistentes sustancialmente en el establecimiento de reservas o cuotas femeninas para la contratación, el ascenso de categoría o cargos de dirección, pero también en la concesión de plusones, ayudas, guarderías etc— no puede convertirse ni está previsto que se convierta en un privilegio a favor de la mujer que genere un desequilibrio injustificado a favor de los hombres; por eso la Ley exige que sean *“razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*, cuestión ésa que creará, como ya ha creado, graves problemas de interpretación —recordemos el tema de las guarderías a favor de las mujeres resuelto por SSTC 128/1997, de 16 de julio y del TS de 20-3-1997 (rec.-2761/96) y 15-4-1997 (rec.-1696/96) en relación con ayudas por guardería a favor de mujeres y viudas en el INSALUD—, fundamentalmente por el riesgo que en ellas se halla implícito de que puedan derivar de forma indirecta en una discriminación contra la mujer trabajadora, siendo digna de recordar a tal respecto la STC 28/1992, de 9 de

marzo cuando no solo consideró una acción positiva a favor de las mujeres sino indirectamente *“un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones”*, el establecimiento por Convenio de un *“plus de nocturnidad”* exclusivamente a favor de las mujeres (revocando la sentencia judicial que lo había considerado adecuado a derecho).

A ello se une el riesgo de que la acción positiva a favor de la mujer sea discriminatoria para el hombre —pues en ningún momento el legislador español ni el europeo han pretendido llegar a ese extremo— o contraria a la exigencia de igualdad para el acceso de empleos o cargos públicos como exige el art. 103 de la CE. Entre ellas la acción positiva más polémica puede ser la medida consistente en establecer *“cuotas o porcentajes de reserva a favor de la mujer”* para ser contratada. En España todavía no se ha planteado tal problemática pero sí lo han sido ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por todas en SS de 17 de octubre de 1995, Kalanke (Asunto c-450/1993)<sup>10</sup>, 11 de noviembre de 1997 Marschall (Asunto C-C 409/1995)<sup>11</sup>, 28 de marzo de 2000 Badeck y otros (Asunto C-C 158/1997)<sup>12</sup> en las que como regla general se han permitido siempre que su aplicación no sea automática sino condicionada a la previa existencia de igualdad de méritos o a otros requisitos subjetivos.

#### 5. Principios rectores en los procesos de tutela judicial del derecho a la igualdad y a la no discriminación

Ya vimos al principio de este trabajo cómo la finalidad de la norma es doble pues persigue eliminar las conductas que discriminan a la mujer y conseguir, mas allá de este objetivo, el *“desideratum”* de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y cómo el art. 4 de la LOI señala cómo la *“la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico, y como tal,, se integrará y observará en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico”*.

Pero con independencia de esa regla general interpretativa en aras de la tutela efectiva de tal derecho fundamental tienen especial importancia para la administración de justicia las previsiones de naturaleza procesal que con la misma finalidad se contienen en los arts. 12 y 13 de la Ley.

No es novedad, desde luego, en nuestro derecho procesal la existencia de un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales pues claramente viene establecido en

<sup>10</sup> En ella consideró no adecuada a la normativa comunitaria una medida establecida en la ciudad de Bremen según la cual en igualdad de capacitación concedía preferencia a las mujeres automáticamente sobre la base de que estaban infrarepresentadas en aquellas funciones habiendo negado por ello al Sr. Kalaruke el puesto de Jefe de Jardines. El Tribunal considera que ese automatismo no lo permite la legislación comunitaria a pesar de no tratarse de un sistema de cuotas fijas, y aun cuando estuvieran las mujeres infrarepresentadas en dicho servicio.

<sup>11</sup> En este caso se trataba de la promoción a un puesto escolar en un Land alemán y se preveía un trato de favor hacia las mujeres cuando estuvieran infrarepresentadas, pero aquí se admitió esa previsión porque el puesto no se concedía de forma automática en igualdad de condiciones sino que lo condicionaba a que *“concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”*.

<sup>12</sup> En esta se cuestionaba fundamentalmente el establecimiento de *“cuotas”* a favor de las mujeres para acceder a cursos de formación profesional y en ello el Tribunal consideró que se estaba ante un supuesto aceptable de acción positiva.

los arts 175 y sgs. de la LPL, pero sí que constituyen novedad algunas de las previsiones que se contienen en los nuevos preceptos indicados y a ellas vamos a referirnos aunque se a de forma sucinta; a saber:

A) *El acceso al proceso de tutela de este derecho por cualquier persona y en cualquier tiempo*

El art. 12.º al disponer que *"cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho de igualdad entre hombres y mujeres...incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación"*, está aceptando por una parte algo que ya sabíamos cual es el hecho de que no solo tienen reconocido este derecho los españoles sino "toda persona" porque es un derecho de la personalidad que afecta a la dignidad —STCº 99/1985, de 30 de septiembre—, bien que habrá que matizar que este derecho a la igualdad lo será entre hombres y mujeres, siempre con sumisión de los unos y los otros a las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los de extranjeros en España y su integración social, cuando se trate de extranjeros<sup>13</sup>.

Pero es muy importante que nos recuerde este apartado de la Ley que el ejercicio de las indicadas acciones de tutela se pueden ejercer *"incluso tras la terminación de la relación en que supuestamente se ha producido la discriminación"*. Se trata de una puntualización importante por cuanto, como ya vimos más arriba, las acciones judiciales ordinarias sólo se admiten cuando existe un conflicto actual, y esta norma está previendo la posibilidad de que la situación de conflicto ya había pasado. No constituye una novedad total en nuestro derecho por cuanto el TCº y el TS ya han aceptado la posibilidad de ejercitar acciones en tutela de los derechos fundamentales cuando la relación laboral terminó y se reclama otro derecho derivado de la infracción —por ejemplo la readmisión— como puede apreciarse entre otras en las las SSTC 16, 44 y 65/2006, de 19 de enero, y 27 de febrero en las que se concedió igualmente el amparo en supuestos en que la medida de represalia se instrumentó a través de la no contratación después del cese y por lo tanto se ejerció la acción estando cesados los trabajadores demandantes. Pero no es menos cierto que la regla general es la citada más arriba y que en esta materia se precisaba una concreción como la indicada, pues en alguna ocasión la propia Sala 4ª del TS ha estimado lo contrario —por ejemplo en STS de 9-3-2007 (rec.-108/2005)—, aunque haya acudido a enmendarlo en varias sentencias dictadas en Sala General —entre ellas la STS 30-10-2007 (rec.- 3503/2006). De la cual se puede desprender que la acción será viable aun cuando con ella misma sólo se persiga su nulidad y la posible indemnización derivada de la acción

Todo ello debe quedar relacionado, no obstante, aunque esta norma no tenía porqué decir nada sobre el particular, con la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales, reiteradamente mantenida por el TC y por el TS, si bien con la limitación correspondiente a los efectos económicos de la acción ejercitada, como puede apreciarse en SSTs 20-6-00,

<sup>13</sup> Recordemos que después de aquella manifestación general de la STCº 99/85 en el sentido de que la Constitución no es solo para los españoles, la STC 150/1994, de 23 de mayo matizó que en cuanto al acceso al empleo no se puede prescindir de las normas que lo regulan.

rec. 4140/99; 26-1-05, rec. 35/2003<sup>14</sup> o 21-7-2005 (rec 86/04)<sup>15</sup> que recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC. 7/83 y 13/83) recuerdan que, "la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales como derechos de la persona no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos, habiendo aplicado a las consecuencias económicas derivadas del ejercicio de aquellos derechos la prescripción del año prevista en el art. 59 del ET en cuanto plazo de prescripción general de las acciones laborales.

B) *Reglas sobre capacidad y legitimación en los procesos sobre igualdad de sexo*

El art. 13 establece en sus apartados 2 y 3 dos reglas sobre capacidad y legitimación para entablar o intervenir en los procesos de tutela del derecho a la igualdad por razón de sexo y contra la discriminación, que sólo tienen aplicación a estos procesos de tutela.

Previa esta precisión, se observa cómo el apartado 3 establece una regla muy clara cual según la cual que cuando se trate de demandas por "acoso sexual o acoso por razón de sexo *"la única persona legitimada para demandar es la persona acosada"*. Se trata de una acción contra un supuesto de discriminación específico que el legislador ha considerado que únicamente estará facultado para defender el propio interesado y nadie más; claro está sin perjuicio de otorgar representación conforme a lo que las reglas procesales permitan. En relación con ello se pide plantear el problema acerca de si podrá jugar en estos casos el sistema de representación tácita que el art. 20 LPL tiene atribuido al Sindicato al que pertenezca la persona interesada, y, aunque en principio, la legitimación personal que el precepto contempla y esa modalidad de representación no tienen porqué ser incompatibles, lo cierto es que en esta materia los Sindicatos habrían de procurar obtener el otorgamiento de una representación expresa antes de plantear demandas de tal naturaleza como media de prudencia ante tan estricta apreciación legal que aun referida a la legitimación para accionar roza sin lugar a dudas el derecho a la representación por aquella vía.

<sup>14</sup> Esta sentencia contemplaba un supuesto de ventajas reservadas a favor exclusivamente de los Sindicatos firmantes de un convenio que calificó de ingerencia en la actividad sindical de los mismos y sea cogió a la doctrina del TCº sobre la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales señalando como "La argumentación sobre prescripción de acciones del segundo motivo del recurso del sindicato ..... se apoya en una premisa general cierta, asentada en la jurisprudencia constitucional desde la STC 7/1983 de 14 de febrero. De acuerdo con esta premisa, los derechos fundamentales son "permanentes e imprescriptibles"; lo que es compatible, no obstante, con que "el ordenamiento limite temporalmente la vida" de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a tales derechos. Así, pues, dichas acciones prescriben y se agotan, sin que se extinga por ello el derecho fundamental, "que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura". La propia STC 7/1983 declara que corresponde al legislador, a la hora de regular los distintos derechos fundamentales, la determinación del periodo de tiempo dentro del cual se podrá reaccionar frente a supuestas o reales vulneraciones de los mismos. Ello nos lleva, en casos como el presente, a las normas legales existentes sobre los plazos de la prescripción extintiva..." acogiendo el plazo del año contenido como norma general en el art. 59 ET.

<sup>15</sup> En esta sentencia se aplicó la excepción de prescripción de determinados hechos atentatorios a la libertad sindical, por haber transcurrido el plazo de un año desde que se produjeron puntualmente, sin aceptar la doctrina de la infracción continuada que el Sindicato demandante alegaba.

Más problemático es el apartado 2 de dicho precepto en su previsión de que *“la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo”*. Este precepto no nos dice nada nuevo en cuanto se refiera a las personas físicas que actúen en defensa de su propio derecho a la igualdad ni respecto a la posibilidad de que los Sindicatos u otros Entes colectivos defiendan su derecho o el derecho de una colectividad de trabajadores siempre que representen el interés de una colectividad, pues esta conexión de la legitimación con el “interés” viene reconocida con carácter general en el art. 16.1 cuando dispone que *“podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles”*. Es cierto que en la LPL se hace una referencia más concreta a los sindicatos y a las asociaciones empresariales en el art. 17.2 y que en el art. 175 se prevé expresamente la participación de los Sindicatos en defensa de su derecho colectivo a la libertad sindical y la participación de los más representativos y del sindicato al que pertenezca el actor en su condición de coadyuvantes en pleitos iniciados por éstos (todo ello en conexión con el art. 175 LPL en conexión con lo previsto en el art. 2.2.d) de la LOLS.) Pero el que la LPL se refiera con profusión y especificidad a los Sindicatos o a las organizaciones empresariales no quiere decir que elimine la posibilidad de otras organizaciones en cuanto estén legitimadas por su interés para participar, y, de hecho el TC<sup>o</sup> en STC 52/2007, de 12 de marzo de 2007 consideró legitimada para pedir la nulidad de determinados nombramientos de Técnicos de Laboratorio a una Asociación de Técnicos de Laboratorio por entender que en cuanto defensora de este colectivo, entendiendo por interés legítimo “cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida”, reiterando lo ya dicho por el mismo Tribunal en sentencias anteriores<sup>16</sup>—.

El problema es si estarán legitimados para accionar como parte activa y/o intervenir como parte demandada o como coadyuvante otras personas físicas o jurídicas. En este punto el legislador al referirse a “personas físicas o jurídicas con interés legítimo” parece aceptar la participación en el proceso de todos aquellos que tengan interés directo —como parte— o indirecto —como tercero coadyuvante—, lo que permitiría pensar en la legitimación para actuar de no solo los Sindicatos sino de asociaciones semejantes cuales las Asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos de libre creación por ellos conforme a lo previsto en el art. 19 de la reciente Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo al que alcanzar los derechos de esta Ley 3/2007 por previsión expresa contenida en el art. 6.5 de dicha Ley, o de las Asociaciones que se puedan crear en defensa del concreto derecho a la igualdad efectiva por razón de sexo previstas en la propia LOI, u otras con interés legítimo como admitió concretamente en un juicio laboral la STC 52/2007, como antes se dijo. Por lo que parece que también el Instituto de la Mujer debería admitirse como legitimada para accionar en defensa del principio de igualdad que esta norma proclama.

<sup>16</sup> La propia sentencia 52/2007, justifica esa ampliación de la legitimación a favor de personas jurídicas citando sentencias suyas anteriores en las que aceptó la legitimación de determinadas Asociaciones para defender intereses colectivos, cual ocurrió con a aceptación de una demanda de la Asociación de Fiscales par impugnar el nombramiento de un Fiscal por el Gobierno —STC 24/1987, de 25 de febrero—, o las de Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos —STC 45/2004, de 23 de marzo— o de la Asociación de Empresarios de Cádiz —STC 73/2006, de 13 de marzo— todas ellas en defensa de los intereses que eran el motivo de su existencia.

En relación con ello llama la atención que la LOI haya previsto de forma expresa la modificación del art.11 bis de la LEC para dar cabida como personas jurídicas legitimadas en todos los procesos de tutela, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación *“a los órganos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre hombres y mujeres”*, y que no haya establecido nada al respecto en relación con la LPL. El hecho de que el art. 12.2 LPL condicione la posibilidad de intervención de las personas jurídicas a lo que dispongan las leyes procesales y no haya modificado la LPL en el mismo sentido en que sí sído la LEC podría hacer pensar en que en los pleitos sociales en los que se discuten intereses de una colectividad sólo podrían actuar como demandantes o intervinientes los sindicatos. Sin embargo considero que el que eso se haya hecho así no elimina la posibilidad de que tales asociaciones no puedan actuar como legitimadas en los procesos laborales, dada la amplitud del art. 16 y la doctrina del TC<sup>o</sup> al respecto.

Pero no solo se plantean en estos casos problemas de legitimación activa sino también de legitimación pasiva pues en una relación laboral los problemas de trato desigual discriminatorio, incluidos como sabemos el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, el acosador puede ser el empresario pero también puede serlo un compañero de trabajo, un encargado o persona dependiente del empleador. En estos casos se plantea el problema de si habrá que demandar sólo al acosador, solo al empresario o a ambos, lo que plantea problemas de competencia judicial y de litisconsorcio de variado interés. Sobre esta cuestión es muy importante la STS de 30.1.2008 (rec.- 2543/06) dictada por el Pleno de la Sala 4<sup>a</sup> en la que ante un caso de despido por acoso moral sufrido por una trabajadora que fue despedida por el empresario cuando aquella estaba sometida a un acoso moral claro por parte del encargado, entendió que en el juicio de despido no solo habría de ser demandado el empresario sino también el acosador, en un caso en el que dicha demandante había solicitado en su demanda una condena del acosador como indemnización por daños morales, además de la condena del empresario por despido nulo.

### C) Reglas sobre la distribución de la carga de la prueba

El art. 13 LOI recoge con carácter de generalidad un precepto regulador de la distribución de la carga de la prueba en los procesos de tutela que tiene un carácter programático en cuanto que comienza diciendo que se aplicará *“de acuerdo con las Leyes Procesales”* “si bien para decir que” *de acuerdo con las leyes procesales en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y en su proporcionalidad”*. Se trata de un precepto que en nuestra Ley de Procedimiento aparece recogido con redacción parecida en dos preceptos concretos —en el art. 96 con referencia a todos los procesos laborales en los que se haya de resolver sobre discriminación por razón de sexo, y en el art. 179.2 para el proceso específico sobre tutela de derechos fundamentales en particular.

El primer problema que se plantea es el de decidir si este precepto genérico con sus previsiones específicas podrá regir en los procesos laborales y de su lectura parece deducirse que no será ello posible hasta que su redacción no se incorpore a esta Ley Procesal, en relación con lo cual llama la atención que con la misma redacción se haya incorporado al art. 217.5 de la LEC —por disposición expresa de la adicional quinta de la Ley que comentamos— así como



al art. 60.7 de la LJCA —por disposición expresa de la adicional sexta de la Ley 3/2007—. De esta realidad se desprende que el legislador de 2007 no ha querido modificar la LPL por considerar que en ésta ya se encontraba un precepto con el mismo contenido.

Sin embargo, el problema deriva del hecho de que los preceptos comparados no tienen exactamente el mismo contenido literal pues mientras el que aquí comentamos dispone, como se ha transcrito más arriba, que la carga de probar la ausencia de cualquier actuación discriminatoria le incumbirá al demandado cuando *"las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias"*, en el art. 96 de la LPL que contiene la redacción más aproximada al mismo sólo prevé el desplazamiento de la prueba sobre la ausencia de discriminación cuando *"de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación"*, y en el art. 179.2 el desplazamiento de la carga probatoria se prevé una vez *"constatada la existencia de indicios de que se ha producido la violación ..."* del derecho fundamental. La diferencia radica en que en la LPL se exige en cualquier caso que existan "indicios", bien deriven de las alegaciones de la parte actora, bien de las pruebas practicadas, mientras que en el texto de la LOI parece que sería suficiente que *"las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias"*. Tales diferencias de redacción, a mi juicio, no permiten sostener que en una ni otra versión se pueda aceptar que sobre las meras alegaciones de la parte actora sin más se pueda desviar la carga de la prueba por cuanto esto supondría introducir un trato desigual injustificado en el demandado al que se le obligaría a probar que nada de lo alegado por el actor era verdad incluidas posibles versiones indefendibles; a mi juicio lo que estamos es ante una utilización de palabras diferentes para decir lo mismo, y esto es que las alegaciones de la parte actora han de estar siempre fundadas en hechos creíbles indiciarios de que el atentado discriminatorio es verosímil, y en este territorio ha sido mucho más feliz que el legislador el Tribunal Constitucional que nos ha dado una doctrina válida y eficaz para conocer lo que el legislador ha querido decir y lo que hay que hacer en estos casos, doctrina reiteradísima que puede apreciarse en las SSTC 342/2006, de 11 de diciembre o 17/2007, de 12 de febrero, entre otras muchas, exigiendo del actor la aportación de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato de atentado al derecho fundamental cuya protección reclama o de un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio, para poder exigir al demandado la prueba plena de las medias adoptadas y de su proporcionalidad<sup>17</sup>; de forma que preexistentes aquellos indicios es cuando el empleador sólo podrá eliminar la responsabilidad

<sup>17</sup> Como señala Ortiz Lallana C resumiendo en su integridad la doctrina del T.C.<sup>9</sup> sobre la materia "la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas TC<sup>9</sup> 90/1997, de 6 de mayo; 66/2002, de 21 de mayo; 17/2003, de 30 de enero). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o verdad verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (Tco 207/2001, de 22 de octubre), y el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (Tco 87/1998, de 21 de abril...30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenía entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (Tco 17/2003, de 30 de enero). En "novedades sobre el despido nulo en la L 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". Actum Social nº 4/2007; pág. 32.

por inconstitucionalidad de su conducta si "acredita la desconexión entre el acto empresarial y el derecho fundamental" —STC<sup>9</sup> 41/2006, 13 de febrero—.

Prevé, por fin, el art. 13.1. segundo la posibilidad de que *"el órgano judicial, a instancia de parte o de oficio, pueda recabar si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes"*, previsión que tampoco ha trasladado a la LPL porque en esta ya existía en el art. 95.3 en le que con redacción semejante se recoge que "cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes", dando por supuesto que, como el lógico, también podrá solicitarlo cuando lo proponga la parte como prueba.

### III. INFLUENCIA DERIVADA DE LAS CONCRETAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La LOI que comentamos ha introducido en el ámbito del derecho social concretas e importantes modificaciones, más allá de los principios antes indicados, que alcanzan tanto a la normativa laboral sustantiva que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Procedimiento Laboral y en la Ley General de la Seguridad Social, a las que haremos inmediata referencia, si bien advirtiendo que mientras los principios hasta ahora indicados tienen un contenido informador muy claro, ya no se puede decir tanto de las concretas disposiciones legales a las que haremos referencia.

#### 1. Las reformas introducidas en el ET

El legislador, en su idea de incidir en la idea de igualdad ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores modificaciones que tienden en una ocasiones a conseguir aquélla mediante la concesión de *beneficios o ventajas* a la mujer en lo que podrían denominarse medidas de acción positiva y en otras ha profundizado en la concesión de derechos que pueden beneficiar tanto al hombre como a la mujer en aras de conseguir que el hombre se implique más en la vida familiar para de esa manera, conseguir una mayor liberación de esas cargas a la mujer trabajadora, en lo que se conocen como *medidas de conciliación*. En este sentido, en unas ocasiones ha modificado el texto anterior del ET para conceder mayores beneficios en ambos sentidos, y en otra lo que ha hecho es introducir normas nuevas en aquella misma dirección. Estudiadas en resumen las novedades son las siguientes:

#### A) *Modificaciones relacionadas con el tiempo de trabajo en la empresa. Permisos, ausencias y reducciones de jornada por razón de maternidad u obligaciones familiares*

Lo que ha hecho la reforma del año 2007 es sustancialmente, modificar al alza las medidas que ya venían reconocidas en norma anteriores en relación la jornada y el horario de trabajo, y alcanza en general a los permisos por lactancia, a la reducción de jornada para el cuidado de hijos, minusválidos y parientes y a los permisos por fallecimiento o enfermedad grave de parientes. Estas reformas afectarán a la nueva jurisprudencia en la medida en que en gran parte constituyen novedad, y esta es una cuestión de futuro, pero afectarán de alguna manera a decisiones ya existentes bien para consolidarlas, bien para tener que cambiarlas.

Al hilo del objeto de este trabajo aquí solo se va a contemplar la incidencia que la reforma va producir en la doctrina judicial ya existente, y por ello tan solo en las siguientes materias:

a) Reducción o distribución del tiempo de trabajo para la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo. Art. 34.8.-. El art. 34 ha introducido en su apartado 8, una regla nueva consistente en establecer que *"el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo que llegue con el empresario respetando, en su caso lo previsto en aquélla"*.

En este precepto, profundizando en las reformas de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre se prevé la posibilidad de que se introduzcan modificaciones en la duración y/ o en la distribución de la jornada, sea hombre o mujer quien lo requiere, con la finalidad de conciliar el trabajo con otras necesidades personales o familiares. En tal sentido llama la atención que la conciliación que en el nuevo precepto se prevé no esté conectada de forma exclusiva con la previa existencia de cargas familiares sino que también se acepte la posibilidad de adaptación con la "vida personal" del trabajador, lo que permite pensar que el legislador a pesar de haber incluido la reforma en una Ley de Igualdad, lo que ha querido es permitir flexibilizar la jornada a favor de todo trabajador que por cualquier causa justificativa suficiente necesite esta adaptación, pudiendo estimar suficientes en tal sentido aspectos de la vida personal del trabajador (como estudios, necesidad de formación, culturales, etc)<sup>18</sup>.

En este punto lo que ha hecho el legislador es prever la posibilidad de que el trabajador pueda adaptar su jornada de trabajo a tales necesidades para facilitar la conciliación. Se trata de una adaptación que no contempla la posibilidad de reducción, y ello significa que lo que sobre este precepto se podrá hacer es solicitar una modificación de la jornada continua por la jornada partida, una modificación de los turnos e incluso la concentración de la jornada semanal en unos concretos días u horas dentro de lo que permite hacer el art. 38 ET en sus distintos apartados, pero no parece que la voluntad del legislador haya sido la de prever la posibilidad de que se reduzca la jornada concreta del interesado/a, no solo porque a ello le dedica el art. 37.5 ET como veremos, sino porque no existen previsiones legales que permitan compensar de alguna manera esa posible pérdida de horas (a diferencia de lo que respecto del art. 37.5 sí que se prevé en alguna medida en la LGSS).

La medida de adaptación podrá ser temporal o tener carácter indefinido, pero en cualquier caso, dada su conexión con la previa existencia de cargas familiares —relación de causalidad única justificativa de la medida— no parece que la modificación pueda solicitarse con el carácter de irreversible, pues su duración siempre dependerá de la causa que la motivó, todo ello sin perjuicio de que por voluntad conjunta de ambas partes pueda acordarse otra cosa.

La Ley parece condicionar la adaptación a que esté prevista en convenio colectivo o en el acuerdo a que llegue con el empresario, de donde podría deducirse que sólo cuando existiera ese previo convenio o acuerdo podría admitirse la adaptación. Sin embargo, el texto legal recoge un derecho del trabajador lo que permite interpretar que si no hay acuerdo, como quiera que el derecho lo tiene reconocido el trabajador "ex lege", habrá que entender que si

existe aquel previo pacto colectivo o individual habrá que estar a lo que en el mismo se diga, pero que si no lo hay podrá reclamar el interesado su "derecho" ante el Juez que será quien, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso determinará si el ejercicio de aquel derecho es viable o no. En realidad aquí, lo que el precepto reconoce ya por sí mismo es un derecho a la adaptación de la jornada y por lo tanto, aunque otra cosa parece deducirse de la literalidad del precepto, no requiere que haya pacto colectivo o individual anterior para poder reconocerlo.

A mi juicio esta posibilidad de adaptar la jornada del trabajador /a por razones de conciliación debe aceptarse en sentido amplio y el problema radicaré en el abuso de derecho, en la falta de justificación de la medida solicitada o en su desproporción atendidos los intereses de la empresa, pues en todo caso requiere que sea causal y que se ponderen los intereses en juego de empresa y trabajador.

Pero creo posible deslindar el derecho a una modificación de la jornada de trabajo que este precepto prevé, del derecho a una reducción de horario que viene previsto en el art. 37.5 ET, pues aun cuando obedecen a un mismo deseo de conciliación de la vida laboral con otras obligaciones están sujetos a distinto régimen jurídico. Por esta vía, a mi juicio, es por donde hay que enfocar el cambio de turno, cambio de horario o de jornada, y habrá que enfocarlo con los criterios antes expuestos, a diferencia de lo que constituye una reducción de la jornada que habrá de ser concretada por la vía del art. 37.5 ET.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido diferenciador en su STS 13-6-2008 (rec.-897/07) para llegar a la conclusión de que por la vía del art. 37.5 ET no se puede solicitar una modificación de jornada que no lleve consigo una reducción de horario en un caso en el que lo que la solicitante reclamaba por la vía del art. 37.5, previsto para la reducción de horario, una modificación de jornada consistente en que su jornada partida se transformara en jornada continuada de mañana.

b) Permiso por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente o enfermedad graves de parientes. Art. 37.3.b) ET. La redacción del indicado precepto estatutario modificada ya por la ley 39/1999, reconocía un permiso de dos días, ampliable a cuatro cuando se requería desplazamiento, para los casos de nacimiento de hijo, o fallecimiento u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En la actualidad se reconoce el mismo derecho para el supuesto de *"intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario"*.

Hasta ahora los problemas se crearon en la vida judicial para decidir si el nacimiento por cesárea debía ser calificado de "nacimiento de hijo" a estos efectos<sup>19</sup>, y si la intervención quirúrgica sin hospitalización había de considerarse enfermedad grave con respuestas diversas en ambos casos (en casos concretos de operación de cataratas, pruebas de amniocentesis o similares fue denegado el permiso por no exigir hospitalización<sup>20</sup>), aunque no fue un tema unificado por el Tribunal Supremo. En la actualidad cabe pensar que la modalidad de nacimiento

<sup>18</sup> Así en ALFONSO MELLADO C. "El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres". En el colectivo "Comentarios a la Ley Orgánica 9/2007, de 22 de marzo". Coord. Tomiñas SA al Franco. La Ley- 2008- págs. 405 y sgs.

<sup>19</sup> En unos casos se denegó por no considerarlo enfermedad grave —STSJ Aragón 15-5-2000 rec.— 232/99; en otros se aceptó por intervención quirúrgica —STSJ Cantabria 29-7-1998 rec. 965/98, y en otros por hospitalización— STSJ Madrid 9-12-2002, asunto 918/2002.

<sup>20</sup> En concreto denegó el permiso para una operación de cataratas la STSJ de Andalucía/Granada de 25-3-2003 (rec.- 3315/02); para el caso de operaciones sencillas STSJ de Madrid de 14-3-06.



por cesárea cabrá dentro de la figura del nacimiento, pero en el caso de que no se entendiera así cabría en el concepto de intervención quirúrgica con o sin hospitalización.

Aquí lo que ha hecho el legislador es resolver una duda que había generado discrepancias interpretativas entre los diversos tribunales y con ello una mema de la seguridad jurídica que ahora se aclara, y todo ello en beneficio de la conciliación de la vida laboral con estas obligaciones de atención a familiares próximos que en nuestro sistema social suelen cubrir precisamente las mujeres.

c) Permiso de lactancia. Art. 37.4 ET. El permiso de lactancia tiene por objeto facilitar a la mujer o en su caso al hombre la continuidad en la realización de su trabajo durante el período de lactancia de su hijo o de sus hijos. En la redacción anterior del precepto, derivado de la Ley 39/1999, se reconocía a la madre de un hijo menor de nueve meses el derecho a una ausencia del trabajo por una hora que podría dividirse en dos fracciones de media hora, o reducirlo sólo a una hora, permitiendo que en el caso de que ambos padres trabajaran pudiera ser utilizado por uno u otro indistintamente.

En la reforma de 2007 se han introducido pequeñas variantes en este permiso que se concretan en las siguientes: a) La duración del permiso se incrementa proporcionalmente en caso de parto múltiple; b) Se ofrece a la mujer la posibilidad de acumular dicho permiso en jornadas completas cuando el convenio colectivo o el acuerdo individual lo prevean.

La acumulación por jornadas completas en el caso de que así lo establezca el convenio ya lo entendió como mejora aceptable la STS 20-6-2005 (rec.-83/04), y en este sentido la reforma legal lo que ha hecho es dar por buena esta solución jurisprudencial, manteniendo la condición de que esta posibilidad venga prevista en convenio colectivo o en contrato individual.

Como puede apreciarse, la titular de este derecho es la madre trabajadora y en base a ello se entendió por algunos Tribunales Superiores que, al igual que ocurría con el derecho de la madre trabajadora a suspender su contrato por causa de maternidad, sólo la madre trabajadora por cuenta ajena podía disfrutar de ese derecho y transmitirlo en su caso al padre trabajador, por cuya razón no podría utilizarlo el padre cuando la madre no fuera trabajadora por cuenta ajena. El texto del precepto da pie a dicha interpretación porque exige que ambos trabajen cuando lo utilice el padre, no así cuando haya de utilizarlo la madre para lo que no se exigirá que el padre trabaje y en esto no ha habido modificación legislativa.

Este precepto plantea fundamentalmente el problema relacionado con el padre o la madre pluriempleados, o con reducción de jornada por nacimiento de hijo o contratados a tiempo parcial, pero, dado el tenor del precepto habrá que entender que este permiso podrán disfrutarlo en su plenitud estos trabajadores dada la finalidad de conciliación que con el mismo se persigue, habiéndose pronunciado ya en este sentido la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>21</sup>, aunque no haya llegado tal problemática al Tribunal Supremo. El texto legal habla de "reducción de su jornada de trabajo" y por lo tanto habrá que aceptar la reducción por lactancia cualquiera que sea la jornada de trabajo de quien hace uso de ese derecho.

<sup>21</sup> Había aceptado la utilización del permiso en su totalidad las madres que habían hecho uso de una reducción de jornada por nacimiento de hijo TTSSJJ como los de Cataluña —en sentencia de 18-3-2002 (AS 1955) o Las Palmas— en sentencia de 20-2-2006 (AS 1137).

d) Reducción de jornada para el cuidado de menores de ocho años, minusválidos o familiares. art. 37.5 ET. Se trata de un derecho a reducir la jornada de trabajo a favor de quien —hombre o mujer— tenga a su cargo algún menor o de un disminuido físico o psíquico, con la correspondiente reducción del salario. El art. 37.5 en su redacción derivada de la Ley 39/1999 exigía que el menor lo fuera de menos de 6 años y la actual lo amplía a 8 años, y la reducción de jornada que antes venía fijada entre un tercio y la mitad, en la actualidad lo fija entre un octavo y la mitad.

Es un derecho, además, que pueden ejercitar conjunta o alternativamente el hombre o la mujer y respecto del mismo menor o discapacitado, por cuya razón el precepto legal ha previsto que "si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen ese derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa".

Se trata de una previsión que ha acarreado ya muy diversos problemas interpretativos en relación con la previsión del art. 34.8 ET antes citado. Ahora bien, como ya se indicó al contemplar dicho precepto anterior, las diferencias de previsión entre ambos preceptos son bastante claras en el sentido de que parece que en aquél solo se prevé la adaptación y no la reducción de la jornada de trabajo, así como que las causas de la adaptación eran mucho más variadas que las que permiten la reducción "ex" art. 37.5 y lo mismo su duración y alcance cuantitativo.

En relación con este precepto los problemas que se están produciendo han tenido importante variedad, y aunque en los Convenios Colectivos ya se han previsto supuestos específicos con solución acomodada a cada caso<sup>22</sup>, la reducción de jornada o ha planteado muchos problemas relacionados con el alcance de la previsión contenida en la norma, fundamentalmente referida al hecho de determinar si esta reducción que el nuevo art. 37.5 establece puede reclamarse sólo en atención a la "jornada ordinaria" que desempeña el trabajador, o permite extenderla a la modificación de esa "jornada ordinaria". En concreto se han planteado problemas relacionados con cuatro aspectos principales; a saber: a) Si cabe la reducción de las horas que se trabajan en un régimen de jornada partida o continuada, sin modificar el régimen de jornada preexistente; b) Si cabe una reducción que consista en trabajar menos horas en el turno que previamente tuviera asignado el trabajador/a; c) Si la reducción de jornada permite reducir un turno cuando se trabaja a turnos; o d) Si la reducción de jornada prescindir de trabajar un día a la semana, tanto si se trabaja a turnos como si no<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Por todos, pueden apreciarse previsiones en materia de reducción de jornada por guarda legal en Convenios Colectivos como lo siguiente: en el art. 70 del Convenio General de la Construcción; en el art. 47 del CC de las empresas y trabajadores de perfumerías y afines; en el art. 22 del CC Estatal para las industrias de elaboración del arroz; en el art. 27 del XXI CC de Banca.

<sup>23</sup> En la vida real con trascendencia judicial se han planteado diversos problemas relacionados con esta cuestión cuales los siguientes: a) Supuesto en que una trabajadora presta servicios a turnos y solicita una modificación de los mismos cuando la modificación de jornada consiste en pasar de dos o tres turnos a uno solo, lo que en general se ha admitido (SS Juzgado Social nº 35 de Madrid 13 de octubre de Málaga; si bien con algún inconveniente derivado del hecho de que esta modificación se ha apoyado en ocasiones en el art. 37.5 ET y no en el 34.8 ET con el resultado de que en algún caso no se le concedió por falta de previsión legal; o b) Supuestos en los que con o sin turnos se solicita la exclusión del trabajo en un día concreto de la semana (en unos casos se le ha denegado por entender que el precepto concede una reducción de la jornada ordinaria pero no una modificación —casos se las SS del Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra de 19-9-2001 o del TSJ de Valencia de 22-11-2005—; mientras que en otros casos

El problema interpretativo deriva de la traducción que se dé a lo que se entiende por “jornada ordinaria” a la que se refiere el art. 37.6 ET cuando relaciona esta reducción con la “jornada ordinaria”, pues si este concepto se entiende en su sentido propio de “tiempo de trabajo que el trabajador destina a la empresa cada día, semana o año” la reducción permite todas aquellas posibilidades antes indicadas pues en todos aquellos casos se está produciendo una reducción. No ocurrirá lo mismo si por “jornada ordinaria” se entiende el tiempo de trabajo que cada día o semana tiene previamente establecido el trabajador, pues en tales casos sólo podría aplicarse el precepto a los supuestos c) y d) de los antes contemplados.

En esta duda interpretativa se puede decir que el Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, de 15 de enero se ha inclinado por el concepto amplio de jornada para permitir no solo la reducción de horarios dentro de la jornada preestablecida sino también la reducción de horarios en la jornada de trabajo semanal comprendida en ella la modificación del sistema de distribución de dicha jornada y en concreto de los turnos, pues en el caso se inclinó por entender que lo que el precepto quiere es facilitar la conciliación y ello puede hacerse tanto modificando el horario de trabajo preestablecido como con cambios en la distribución preexistente de ese horario<sup>24</sup>.

También se ha producido algún problema interpretativo en relación con determinadas previsiones de convenio colectivo sobre horario o jornada, cual el resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2007 (AS 853/07), resuelto también de conformidad con el criterio de prevalencia de las previsiones estatutarias sobre guarda legal en interés de la familia frente al interés de la empresa en variar los horarios pactados en el supuesto previsto en el Convenio<sup>25</sup>.

Esta reducción de jornada lleva consigo la disminución proporcional del salario, y viene establecida con la finalidad de que la madre o el padre trabajador pueda conciliar el cuidado de estos hijos menores o mayores discapacitados con su trabajo. Esta disminución proporcional ha planteado problemas en relación con la forma de llevarse a cabo, en concreto con un convenio colectivo en el que la retribución estaba pactada por bloques horarios y en el que se discutía cómo se llevaba a cabo la reducción de un tercio de jornada o la mitad de la jornada, en concreto si la reducción afectaba al salario del mes correspondiente a las horas reales trabajadas o al salario del bloque al que la reducción horaria afectaba, habiéndose llegado a la conclusión —en defecto de previsión específica sobre al particular en el convenio— de que la reducción se produjera sobre el total del salario a percibir por las horas realmente trabajadas

se le ha reconocido por considerar que la reducción de jornada puede afectar a la ordinaria o también introducir una reducción irregular —casos de la S el Juzgado Social nº 34 de Madrid, de 7 de marzo de 2006 o del TSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2003—.

<sup>24</sup> En el caso se trataba de una mujer que desarrollaba una jornada de trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22,15 horas, y solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menos de seis años al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 ET, siendo el horario solicitado el de tarde de 16 a 21,15 horas de lunes a miércoles con supresión de los turnos.

<sup>25</sup> En este caso el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes facultaba al empresario para “variar el horario de trabajo y prolongar la jornada” en los días de preparación de ventas especiales de enero y julio y de los balances e inventarios; el conflicto colectivo tenía por objeto decidir si esa previsión también le era aplicable a los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, y la AN dio preferencia a este derecho.

y no sólo sobre el salario correspondiente a las horas que hubiera podido trabajar —SSTS 21-7-2006 (rec.- 4103/05), 24-4-2007 (rec.-1676/06) o 27-9-2007 (rec.-2293/06)<sup>26</sup>.

En cualquier caso la solución, como el TC ha establecido en la sentencia antes indicada es valorar las circunstancias concretas en las que se ha producido la petición y resolverla teniendo en cuenta los intereses de la trabajadora y los de la empresa, ponderando los pros y los contras de cada situación, en la enorme variedad de posibilidades que la vida real ha de deparar. Eso sí, teniendo en cuenta la causalidad exigida, la duración máxima permitida y los demás condicionantes establecidos en el precepto legal, con referencia muy concreta a la necesidad de tutelar el derecho de la trabajadora a compatibilizar su trabajo con los deberes familiares, y a evitar cualquier posible discriminación que de ello pudiera derivar (fundamento jurídico 6).

e) Reducción de la jornada anual por la coincidencia con las vacaciones de algunos supuestos de suspensión o excedencia —art. 38.3 ET—. Este precepto añade un párrafo tercero a la redacción tradicional del art. 38 en materia de vacaciones, que en cuanto aplicable a determinados trabajadores equivale a aceptar una reducción de la jornada efectiva de trabajo en cómputo anual para los afectados. En dicho apartado se dispone que “cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa ...coincida con el tiempo de una incapacidad temporal derivada de embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato previsto en el art. 48.4 de esta Ley (supuestos de suspensión del contrato por parto u adopción), se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural”.

Lo que el precepto incluye es una excepción a la regla general de que una vez pactadas las vacaciones y fijado el calendario de las mismas el riesgo de caer enfermo es del trabajador y por lo tanto el período de IT se solapa con el tiempo de vacación sin que se genere un derecho a disfrutarlas en otro momento, pues esta es la regla general en nuestro derecho, reiteradamente mantenida por la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo y recientemente ratificada por el STS 3-10-2007 (rec.-5068/2005), dictada por el Pleno de la Sala. La excepción legal radica en que en los casos citados —incapacidad derivada de embarazo, el parto, la lactancia natural, así como en los supuestos de suspensión por parto y adopción—, el período no se solapará sino que se tendrá derecho a disfrutarlas en otra época del año e incluso en el año siguiente, con lo cual lo que se ha hecho por el legislador es ratificar la doctrina que en el mismo sentido, tomando en consideración las exigencias de recuperación de la madre y el cuidado del recién nacido, ya se había mantenido tanto por el Tribunal de Justicia de las CCEE-STJCE 18-3-2004, Asunto Merino Gómez (CC 342/2001), como el Tribunal Constitucional STCº 324/2006, de 20 de noviembre —o por el Tribunal Supremo— SSTS 10-11-2005 (rec.-4291/04) o 11-7-2006 (rec. 87/05).

<sup>26</sup> Se trataba en estos casos del Convenio Colectivo de Air Europa S.A y de la retribución de los pilotos que estaba concebida con un salario mensual fijo para un mínimo de 55 horas de vuelo, y un salario superior en dos tramos para el caso de que se superaran determinadas horas de vuelo que superaran aquella cantidad. Se acordó que el salario sería proporcional a las horas realmente trabajadas, y no en proporción a los distintos tramos.

Se trata, pues, en este caso, de una confirmación de la doctrina judicial preexistente en relación con el permiso de maternidad para extender su aplicación a otros supuestos asimilados a éste, con lo que se trata de una confirmación de doctrina pero señalando el camino hacia una ampliación que podrá beneficiar a quienes hagan uso de aquellas suspensiones de contrato por tales causas con independencia de que se trate de un hombre o una mujer.

Llama la atención que no se incluya el supuesto de suspensión por paternidad dentro de las previsiones que dan derecho a este régimen excepcional de vacaciones, pero esto se debe a que los trece días o los dos más a que se tiene derecho por cada hijo añadido, permite disfrutarlos durante todo el período de suspensión por maternidad o inmediatamente después —art. 48 bis— por lo que la coincidencia no tiene por qué producirse. Luego, debe estimarse que el legislador ha querido de forma expresa que este supuesto no quede incluido dentro de esta previsión en materia de vacaciones.

*B) Modificaciones relacionadas con los supuestos de suspensión de contrato de trabajo*

a) Ampliación de los supuestos de suspensión del contrato por maternidad y asimilados —art. 45.1.d) ET—; y nueva regulación de los mismos. La ley 3/2007 ha introducido en el apartado 1. d) del art. 45 una aplicación de los supuestos de suspensión con reserva del puesto de trabajo que antes se recogía en el mismo, modificando su regulación y extendiendo esa posibilidad a los supuestos de “suspensión de paternidad”<sup>27</sup>, “riesgo durante la lactancia natural”<sup>28</sup>, y “el acogimiento simple”; pero, además, se ha extendido esta posibilidad de suspensión por tales causas no solo con relación a los menores de seis años que antes recogía en el precepto, sino que esta posibilidad se ha extendido a los “menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades

<sup>27</sup> Este nuevo supuesto de suspensión del contrato por paternidad —art. 48 bis— es calificado por la Exposición de Motivos de la LOI como “la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” puesto que con ella se trata de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. Este precepto, ya sea por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento en cualquiera de sus modalidades, da derecho al progenitor a trece días de suspensión del contrato mas dos días por cada hijo. Y “esta suspensión es independiente del disfrute compartido de permiso pro maternidad”. En el supuesto de parto la suspensión corresponde exclusivamente al otro progenitor; en el caso de adopción o acogimiento corresponde a uno solo de los progenitores a elección de ambos; y cuando el permiso por maternidad haya sido disfrutado por uno solo de los progenitores este permiso sólo lo podrá disfrutar el otro. El tiempo para la utilización de este derecho se comprenderá necesariamente, a opción de trabajador: —a contar desde el permiso por nacimiento del hijo o desde que se resuelva judicialmente la adopción o el acogimiento y hasta que finalice la suspensión por maternidad— o inmediatamente después de finalizada dicha suspensión.

<sup>28</sup> La nueva regulación del contrato por riesgo durante la lactancia natural —art. 48.5 ET— constituye un nuevo supuesto de suspensión, regulado en el art. 48.5 ET en relación con el art. 26 también reformado de la LPRL. En este último se contempla un período de suspensión del contrato de trabajo para la madre que asuma la lactancia natural de su hijo, y para el supuesto en que su trabajo sea declarado con riesgo para el hijo. En este supuesto se prevé la suspensión hasta que “el lactante cumpla nueve meses o... cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora para reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado”.

personales de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales correspondientes”.

En lo que a esta exposición afecta, en relación con la doctrina ya existente sobre la materia a tratar, cabe señalar algún punto que afecta a la nueva regulación de la suspensión por causa de maternidad, adopción o acogimiento.

En esta materia el legislador ha partido de la base de que la titular del derecho a la suspensión por maternidad es la madre que trabaja por cuenta ajena y sólo ella, de acuerdo con el precepto legal y con la interpretación que en dicho sentido hizo del mismo la STS 18-3-2002 (rec.-1042/01); pero se lleva al texto legal la posibilidad de que el otro progenitor pueda hacer uso de tal derecho en caso de fallecimiento de la madre —art. 48-1 primero “in fine”, lo que antes sólo aparecía en las normas reglamentarias— RRD 1251/01 y 1335/05 —cual también había reconocido la STS 28-12-2000 (rec.-1479/00)—.

Pero una importante novedad la constituye la aclaración de que, frente a la posible interpretación del precepto en su redacción anterior, en el sentido de que sólo la mujer trabajadora con derecho a suspender su contrato y fallecida pudiera hacer surgir en el padre el derecho a la suspensión, el legislador de 2007 se ha encargado de aclarar que “en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta trabaje o no, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso de la parte que reste del período de suspensión, y sin que se descuenta del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”. Como puede apreciarse sólo está previsto para el caso de fallecimiento de la madre, pero tiene enorme trascendencia por cuanto hasta ahora sólo podía disfrutar de ese permiso el padre cuya esposa tuviera derecho a ello pero no si ésta no lo tenía, bien por no ser trabajadora por cuenta ajena, no hallarse en situación de alta o asimilada o no lucrar el periodo de carencia, ser funcionaria, etc. pues el padre no tenía derecho “si no lo tenía la madre como verdadera titular del subsidio y del descanso así en STSJ Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002 (Rec.-1062/01).

En este mismo sentido y dirección la LOI introduce otra novedad cual es la de que “en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen su actividad, el otro progenitor podrá suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente” (art. 48.4.3°). Esta previsión sale al paso de la doctrina de la Sala 4ª del TS que en base a la redacción anterior del precepto había sostenido que el disfrute de esa suspensión por el otro progenitor por cesión de la madre sólo era posible cuando la madre tenía derecho a la suspender el contrato por maternidad con derecho a prestaciones y no en otro caso —STS 28-12-2000 (rec.- 1479/00) en relación con una madre Registradora de la Propiedad y por ello no titular de un derecho a maternidad con prestaciones, 20-11-2001 (rec.-201/2001), 0 18-3-2002 (rec.-1042/01) abogada y trabajadora por cuenta propia respectivamente (aunque hoy en día según la Disposición Adicional 11ª de la LGSS todos los regimenes especiales de la Seguridad Social tienen reconocido el derecho derivado de la maternidad)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Este precepto quizás sea el más novedoso de todos y por ello de más difícil interpretación y aplicación para el futuro. Entre esas novedades se encuentran las siguientes: a) Siendo el derecho a la suspensión por maternidad propio de la madre la LOI prevé no solo que “al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar, porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del

b) La nueva regulación de la excedencia y de la excedencia para el cuidado de hijos y familiares —art. 46.2 ET—. La Ley 3/2007 ha modificado el régimen jurídico de la excedencia en dos aspectos. Uno de ellos se refiere al art. 46.2 y sólo de forma indirecta tiene que ver con la conciliación de la vida familiar ni con la igualdad de sexos pues lo único que hace es señalar que, para todos los trabajadores, el período de excedencia entre los “cuatro meses y los cinco” en lugar del mínimo de dos años que figuraba en la redacción anterior. Se trata de incrementar la elasticidad del tiempo de excedencia voluntaria en beneficio del trabajador que puede beneficiar a todos los trabajadores aunque puede repercutir de forma beneficiosa de forma especial en los padres y madres con hijos pequeños, pero en ocasiones también al patrono que puede organizar mejor sus posibilidades de sustitución.

La reforma más importante, a los efectos que nos ocupan, es la relacionada con la excedencia para el cuidado de hijos y familiares, y no ya porque cuando se trata de cuidado de hijos se aprovecha para incluir dentro de la posibilidad de excedencia los supuestos de acogimiento preadoptivos “*aunque estos sean provisionales*” o porque amplía a dos años la “*excedencia para el cuidado de familiares*”, sino fundamentalmente porque atribuye al que solicita la excedencia la posibilidad de disfrutarla de forma continuada o “*fraccionada*”.

Esta posibilidad de disfrutar de una excedencia *fraccionada*, tanto cuando se utiliza para el cuidado de hijos como para el cuidado de parientes, permite pensar que el trabajador podrá disfrutar de la misma alternándolas con períodos de trabajo, y por lo tanto que no tendrá necesariamente que disfrutarla durante todo el tiempo por el que en un principio la notificó.

Se trata de un derecho utilizable tanto por el hombre como por la mujer, y se plantea el problema de que cuando lo soliciten varios trabajadores simultáneamente *por el mismo sujeto causante*, el empresario podrá limitar el ejercicio simultáneo de la misma por causas relacionadas con el buen funcionamiento de la empresa.

En relación con la excedencia para el cuidado de hijos y parientes no se conoce excesiva litigiosidad aunque en la doctrina de alguna Sala de lo Social se han encontrado supuestos de difícil solución como lo fue el contemplado por la Sala de lo Social de Madrid y resuelto por

período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre” sino que añade algo muy importante cual es el de que “*el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal*”; haciendo con ello posible la compatibilidad del permiso de maternidad del padre con la enfermedad de la madre, todo ello con las miras puestas en el mejor cuidado del hijo que es en este caso el bien jurídico protegido; b) Otra importante novedad se concreta en que las dieciséis semanas de suspensión por maternidad son ampliables por dos semanas por cada nuevo hijo, y en que establece reglas especiales para los casos de hijos prematuros o neonatos así como para el supuesto de hijos discapacitados, y en los supuestos de adopción internacional, modificando en pequeñas particularidades la redacción anterior; y una nueva regulación para el caso de fallecimiento del hijo. Acerca del período de disfrute de las dieciséis semanas ampliables en los casos previstos en la Ley se mantiene la regla general de que ese período se distribuirá a opción de la interesada, “*siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto*”, y el resto después del parto, con la excepción para el caso de fallecimiento de la madre es el padre el que disfrutará de este permiso “*sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar*”.

Se mantiene por otra parte la posibilidad ya existente de que el período de suspensión del art. 48.4 se disfrute a tiempo completo o a tiempo parcial previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados.

sentencia de 27 de marzo de 2007 (AS 851/07) en el que se trataba de decidir si la excedencia para el cuidado de hijos era compatible con el trabajo real en otra empresa, en un supuesto en el que lo que ocurrió es que el trabajadora afectado había sido readmitido en su empresa de origen tras un período de excedencia voluntaria y lo que solicitaba era no permanecer en excedencia para el cuidado de hijos en ésta, mientras seguía trabajando en la anterior; en el caso no se le dio la razón, por el abuso de derecho que esa pretensión encerraba; pero no está claro, con la doctrina del Tribunal Constitucional ya reiterada, si no hubiera debido reconocérsele tal derecho como en casos semejantes habían decidido otras sentencias como la de la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4-4-2000 (AS 4111/00) o de Madrid de 21-1-203 (1757/03) ante situaciones semejantes. Se tratará en todos estos casos de valorar hasta qué punto estamos o no ante el ejercicio civilizado de un derecho o ante un abuso de derecho, tanto con esta nueva redacción como con la anterior.

c) Modificaciones relacionadas con la extinción del contrato de trabajo. También ha aprovechado el legislador de 2007 para modificar la regulación del despido existente en el ET y en el LPL con la finalidad fundamental de remodelar la causa de despido del art. 54. 1 g ET y los supuestos de despido nulo disciplinario y por causas objetivas.

En el estudio de cada uno de dichos supuestos nos encontramos con lo siguiente.

a) La reforma del art. 54.1 g) ET en cuanto a las causas de despido. Dicho precepto contemplaba como causa de despido disciplinario “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajen en la empresa*” y el nuevo texto considera como causa de despido “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajen con él*”.

La novedad, como puede apreciarse, la constituye el “*acoso sexual o por razón de sexo*” cuyas modalidades de acoso se consideran siempre discriminatorias por el art. 7. 3 de la propia Ley, a cuyas definiciones habrá que acudir.

El problema en todos estos casos es conseguir la prueba de los indicios, sobre todo para el “*acoso ambiental*”, de la que se podrá derivar la nulidad de conformidad con las reglas probatorias ya vistas que se contienen en los arts. 96 y 179.2 LPL.

b) La reforma de los supuestos de despido nulo —art. 55.5 ET y 108 LPL— y las nuevas referencias a la acumulación de indemnizaciones

La reforma efectuada en el ET por la Ley 39/99 introdujo un nuevo apartado 5 en el art. 55 con la pretensión de clarificar los supuestos de despido nulo, y éste precepto ha sido ampliado por la LOI para incluir otros supuestos relacionados con los anteriores, ampliando considerablemente sus previsiones en los tres apartados a) b) y c) que ahora incluye frente a los dos anteriores. Estas novedades se concretan en las siguientes:

– en el apartado a) anterior se contemplaban como despidos nulos “*el de los trabajadores durante el periodo de suspensión de contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento a que se refiere la letra d) del apartado 1 del art. 45 de esta Ley o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período*”. En el nuevo texto se han añadido como nuevos supuestos de despido nulo el de los trabajadores durante el período de “*riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural.. y paternidad*” — arts 55.5 a) ET y 108.2 LPL modificados—.

Como puede apreciarse, se incluyen los nuevos supuestos de suspensión contemplados por la nueva Ley más la referencia a enfermedades relacionadas con el embarazo, el parto o la lactancia que son supuestos de IT no específicamente protegidos por esta nueva Ley más que a estos efectos.

– en el apartado b) anterior se protegía contra el despido a “las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta la de comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los apartados 4 y 5 el art. 37 de esta Ley o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 el art. 46 de la misma”. En la actualidad esa protección se extiende a las embarazadas en los mismos términos anteriores más a “los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del art. 37, o estén disfrutando de ellos o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en la Ley”; derechos estos últimos previstos en los arts 21 a 23 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección contra la violencia de género.

– se ha incluido un nuevo supuesto de despido nulo en la letra c) el art. 55.5 y en el art. 108.2 de la LPL referido al de “los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido mas de nueve meses desde la fecha, adopción o acogimiento del hijo”.

El precepto mantiene el apartado final en el que dispone que “lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

Todos estos añadidos conectan con la doctrina de la Sala 4ª respecto de cómo ha de entenderse y calificarse el despido de la mujer embarazada -SSTS 26-2-2004 (Rec.-2569/03) y 19-7-2006 (Rec.-387/05) en cuanto a la exigencia de que conste que el empleador conocía el embarazo de la mujer- Aunque hay que añadir que en todos los demás casos que no son el de embarazo el problema lo determinará la existencia o no de indicios de discriminación, si bien no solo os indicios sino la prueba de que la situación protegida concurre está en el propio presupuesto legal.

Esta distinción entre supuestos de despido discriminatorio por razón de embarazo, que requiere el conocimiento del empresario de tal circunstancia, y de despido nulo derivado del mero hecho objetivo del embarazo, que se recogen en el art. 55.5 ET no fue apreciada por la STS 29-2-2008 (Rec.- 657/07), en tesis reiterada por la STS 12-3-2008 (rec.- 1695/07), y habrá de ser corregida por el propio Tribunal Supremo, a raíz de la reinterpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional en su STC 92/2008, de 21 de julio.

c) La reforma del despido nulo por causas objetivas art. 53.4 ET –

Se ha introducido en los despidos objetivos las mismas causas de nulidad que en el despido disciplinario, y con los mismos efectos.

C) *Las reformas introducidas en la Ley de Procedimiento Laboral – arts 27.2, 108 y 122, 146, 149, 180 y 181 LPL*

La LOI ha introducido en la LPL unas reformas que afectan a la posibilidad de acumulación de acciones en algunos supuestos antes no permitidos —arts 27 2—, a las causas y las consecuencias del despido —arts 108 y 122—, al llamado proceso de oficio —arts 146 y 149— y al proceso de tutela de la libertad sindical otros derechos fundamentales —arts 180 y 181—.

a) Reformas relacionadas con el despido. Las modificaciones relacionadas con el despido constituyen una reproducción de las novedades introducidas en el ET, por lo que no exigen ningún comentario más allá del que ya se ha hecho

b) Reformas relacionadas con el proceso de oficio. En relación con la reforma que afecta al proceso de oficio lo que hace la norma es ampliar los supuestos de actuación de la autoridad laboral cuando aprecie una discriminación por razón de sexo, con la finalidad de determinar la indemnización que pueda corresponder al trabajador como consecuencia de dicha discriminación —art. 146—. Se trata de un nuevo supuesto de actuación de oficio por parte de la Autoridad Laboral en defensa de la no discriminación. Y en el art. 149 lo que se hace es ampliar un supuesto ya existente de actuación de oficio por parte de la Autoridad Laboral y ampliar el supuesto en el que se haya impugnado un acta de infracción en determinados casos “y el sujeto responsable las haya impugnado con base a alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento de fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción”, incluyendo los supuestos de actas de infracción por violaciones del derecho de igualdad a los efectos de determinación de la indemnización correspondiente.

c) Modificación en relación con la posibilidad de acumulación de acciones. Una de las reformas más importantes de las introducidas por la LPL es la que se refiere a la posibilidad de acumular pretensiones de indemnización por infracción de los derechos fundamentales de una persona a otras pretensiones distintas. En relación con ello es bien sabido que el art. 27.1 LPL prohibía la acumulación para ser resueltas en un solo proceso determinadas acciones en concreto “las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo de los arts. 50 y 52 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, las que versen sobre materia electoral, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de estatutos de los sindicatos, y las de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, y respecto de ello lo que la nueva Ley ha hecho es añadir que “lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización de la discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley”. A su vez, el proceso especial de tutela de derechos fundamentales después de prever en el art. 180 que el pronunciamiento de condena por infracción de derechos fundamentales acarrea la nulidad del comportamiento anticonstitucional, el cese del comportamiento, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo y en su caso a “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”; en la actualidad se añade que esa indemnización “será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”; y en el art. 181 LPL referido ya no específicamente



a la tutela del derecho de libertad sindical sino al resto de los derechos fundamentales, lo que ha hecho el legislador es introducir un segundo apartado en el que se dispone que *“cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación si hubiera discrepancia entre las partes. Esa indemnización será compatible en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”*.

Lo que con estos añadidos ha hecho fundamentalmente el legislador es acoger la doctrina preexistente del TS en el sentido de permitir que a una acción de extinción o modificación del contrato de trabajo en la que se denunciaba la violación de un derecho fundamental se acumulara una pretensión indemnizatoria por la violación de tal derecho fundamental, compatibilizando dicha presunta indemnización con la establecida en el ET para la modificación o extinción de que se tratara. En realidad lo que estaba haciendo el TS —SSTS 23-3-2000 rec.-362/99, 12-6-2001 rec.- 3827/00) o 17-5-2006 (rec.- 4372/04) o 7-7-2007 (rec.-4842/05) con fundamento en un Auto del Tribunal Constitucional que lo único que dijo es que las indemnizaciones eran compatibles—Auto 897/99, de 14 de diciembre, fue permitir una real acumulación de acciones contra la prohibición contenida en el art. 27 ET, y esto es lo que ahora “legaliza” el legislador con la modificación introducida en el art. 27 y en los arts. 180 y 181 LPL.

El legislador recoge de forma expresa la posibilidad de esa acumulación no solo en los casos de despido y extinción por causas objetivas sino también en el caso de extinción del art. 50 ET —art. 27.2— como ya había hecho el TS en sentencia de 17-5-2006. rec 4327/04) antes citada, y en la actualidad cabría dentro de los supuestos de extinción de los arts. 180 y 181 LPL.

El texto legal de los arts. 180 y 181 LPL se remite también a la compatibilidad de las indemnizaciones por modificación de condiciones de trabajo y por violación de derechos fundamentales, a pesar de que el art. 182 LPL no remite a dicho procedimiento especial cuando se trate de impugnar una modificación sustancial —art. 138 LPL— a diferencia de lo que ocurre con los despidos y extinciones; pero ello habrá de entenderse en el sentido de que en el caso de que se tramite un proceso de modificación del art. 138 LPL y se reconozca al trabajador una indemnización por modificación sustancial de condiciones de trabajo a ésta se podrá acumular también la correspondiente por violación de un derecho fundamental. Lo que no podrá hacerse es que en un proceso de tutela se reconozca la indemnización por modificación porque este proceso tiene un objeto específico que sí que no es posible ampliar dado su objeto limitado a la tutela del derecho fundamental ex art. 176<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Al hilo de esta cuestión se ha de añadir que en este momento histórico —diciembre de 2007— tiene pendiente de resolver el TS un problema procesal más concreto cual es el de si, además de aceptar la posibilidad de que en un proceso de despido o asimilado se puedan acumular las acciones de despido y de tutela a efectos indemnizatorios será también o no posible la acumulación de las acciones que la persona que se siente discriminada tenga no solo contra el patrono sino contra cualquier otro posible acosador (sea tercero ajeno a la empresa, sea compañero de trabajo. No se trata aquí tanto de un problema de legitimación pasiva o de litisconsorcio pasivo necesario (que también), sino de un problema de competencia, puesto que el art. 2 de la LPL no prevé de forma expresa la posibilidad de que el Juez Social sea competente en los pleitos entre trabajadores; no obstante considero que en estos casos estamos ante una cuestión que afecta a la rama social del derecho y el art. 9.5 LOPJ cubre sobradamente estas competencias, resultando de gran interés al respecto la STC<sup>o</sup> 74/2007, de 16 de abril que, sin pronunciarse

Un particular que llama la atención de la reforma es que, mientras en el art. 180 cuando se trata de la tutela del derecho de libertad sindical se mantiene la redacción tradicional en relación con la fijación de la indemnización que proceda, en el art. 181, cuando contempla los supuestos de indemnización que pudieran fijarse como consecuencia de la infracción de esos otros derechos fundamentales “incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio” disponga que *“el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes”*. Este apartado puede parecer inocuo o por el contrario interpretarse como un muy importante añadido del legislador corrigiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular; en efecto, la doctrina del TS —STS 20-1-1997 rec. 2059/06, 8-6-2001 rec.4627/00, 21-7-2003 rec.— 3650/01, o 2-10-2007 (rec.- 3627/06) vino a establecer que el demandante de una indemnización por infracción de un derecho fundamental debe acreditar una base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de una indemnización, rompiendo una línea anterior que establecía la necesidad de fijar una indemnización en cualquier supuesto en que se reconociera la infracción de un derecho fundamental, en concreto el de libertad sindical. Con esta doctrina jurisprudencial, por lo tanto, la indemnización por infracción de derechos fundamentales sólo se concede cuando el demandante demuestra la existencia de perjuicios o aporta como mínimo datos o bases suficientes par calcular que los hubo. En nuevo precepto al decir que el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía que, en su caso procediera podría interpretarse como una obligación del Juez de fijarla en todo caso, o bien, como una obligación del Juez de afirmar porqué sí o porqué no la fija. Yo me inclino a pensar que lo que el legislador ha querido con esta previsión es trasladar la necesidad de que el Juez se pronuncie de forma motivada sobre esta cuestión, en la línea de refuerzo del canon de motivación que el Tribunal Constitucional viene exigiendo cuando se trata de resolver sobre la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales, y en concreto sobre la procedencia o no de la indemnización como se aprecia en la STC<sup>o</sup> 247/2006, de 24 de julio, que anuló una anterior del TS precisamente por no haber motivado suficientemente la denegación de aquella indemnización solicitada; pero también tomando en consideración que el art. 10 LOI dispone de forma expresa que los actos que causen discriminación por razón de sexo *“darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido...”*, lo que hace que, si la parte solicita una indemnización el Juez no pueda escudarse fácilmente con la inexistencia de una base para la indemnización sino que habrá de razonar en todo caso las razones por las que considera que no existen perjuicios, y en la mayor parte de los casos conceder los que considere adecuados a la infracción apreciada; no obstante lo cual, serán las partes las principalmente obligadas a practicar alguna prueba o a ofrecer actos mínimos que apunten a la exigencia de indemnización que el legislador ha previsto se produzca. Lo que parece bastante claro, con independencia de los problemas procesales que puedan concurrir, es que la voluntad del legislador es la de que a una infracción de derecho fundamental vaya unida la congrua indemnización.

sobre la competencia, sí que entendió legitimado para ser demandado en un juicio social un trabajador compañero de la acosada como presunto responsable de la acción denunciada; e incluso vienen a ello añadido un posible problema de adecuación de procedimiento cuando el que se haya utilizado sea el despido.

Llama la atención, por último, que el legislador no haya dicho nada respecto del salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido y los salarios de tramitación cuando se trata de hombres o mujeres despedidos mientras se encuentran en situación de jornada por guarda legal, a diferencia de lo que sí ha establecido en cuanto al cálculo de la base reguladora para las prestaciones por desempleo a las que luego nos referiremos. El que no haya dicho nada no puede interpretarse sino como la confirmación de la doctrina de la Sala 4ª del TS en el sentido de entender que en estos casos el salario a tomar en consideración habrá de ser el salario anterior a la reducción y no el que el trabajador o trabajadora estuvieran percibiendo en la fecha del despido —así STS 11-12-2001 rec.-1817/01—.

d) Reforma introducida en relación con el procedimiento a seguir para los supuestos de discrepancias entre empleador y empleado/a en materia de conciliación. En este punto, hasta la Ley que comentamos la regla de procedimiento no modificada de forma expresa es la que regía, y rige. En el art. 138 bis de la LPL, introducida por el art. 9.2 de la Ley 9/1999 según la cual *"el procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos de lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares"* sería urgente, preferente y sin recurso.

Esta redacción hizo posible distinguir entre conflictos en los que el problema se concretaba en la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de los permisos de lactancia, por este procedimiento especial, aplicando por analogía lo establecido para las vacaciones en que sólo para la fijación de la fecha de disfrute rige el procedimiento de la misma naturaleza del art. 125 LPL; con la consecuencia de que cuando lo que se discutía era el derecho el procedimiento a seguir era el ordinario y por lo tanto cabía recurso de suplicación. En estos términos aunque con dudas se manejaron algunas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia como hemos visto al estudiar el tema de la reducción de jornada, habiéndolo entendido así el Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 13-6-2008 (rec.-897/07) para un asunto que se había iniciado en 2005.

Ahora bien, la LOI, sin modificar *"expressis verbis"* el art. 138 bis ni la LPL, ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores una disposición adicional decimoséptima —disposición añadida por la adicional 11. 20 de la Ley 3/2007— que dice así *"Discrepancias en materia de conciliación. Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverá por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral"*.

De esa Disposición legal se desprende que el legislador ha querido reconducir al procedimiento especial del art. 138 bis LPL toda la problemática derivada de los preceptos dirigidos a la conciliación familiar y no solo aquellos especificados en el art. 138 bis, lo que permitiría entender, así interpretado el precepto, que por aquel procedimiento habría que tramitar todos los asuntos que afecten a derechos reconocidos en la normativa sobre conciliación y por lo tanto incluidos los derechos a permisos, reducción de jornada, excedencia voluntaria por cuidado de hijos, etc. Esa interpretación que puede que sea la adecuada, trae consigo un problema añadido y es el de interpretar que la remisión a aquel procedimiento especial puede entenderse hecha sólo al procedimiento de instancia pero no al trámite de recurso que cabría interponer contra la sentencia dictada.

Este precepto, justificado seguramente por la necesidad de resolver con prontitud derechos de aquella naturaleza, parece adecuado e su plenitud cuando se trata de fijar ya horarios o fechas pero no parece el más adecuado cuando se trata de fijar derechos. Ahora bien, parece que deja lugar a pocas interpretaciones y por lo tanto habría que entender que el legislador lo ha querido resolver todo por la misma vía, sin sopesar las consecuencias antigarantistas de la falta de recurso que deriva de su interpretación literal.

Otra interpretación posible sería la de entender que, puesto que no se ha reformado la LPL, lo que ha querido decir el legislador es que se resolverán por dicha vía las discrepancias que surjan en estas materias, de conformidad con lo previsto en el art. 138 bis LPL, entendiéndose que dicha nueva Disposición sólo tiene carácter sustantivo y declarativo y no procesal ni constitutivo de una nueva previsión de esta naturaleza; solución ésta por la que atrevo a inclinarme sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva por el TS si llegara a su conocimiento este problema procesal. Ya hemos visto cómo con la Ley anterior fue éste el criterio que dicho Tribunal sustentó.

D) *Reformas introducidas en el derecho colectivo del trabajo —arts. 64, 85 y 90 ET—*

También el derecho colectivo del trabajo ha introducido modificaciones importantes la LOI que hacen referencia a los siguientes aspectos, que, sin embargo, por su novedad, no afectan a decisiones preexistentes en la materia y por cuya razón, a pesar de su importancia, no pueden ser objeto de comentario, fundamentalmente en lo que se refiere a la necesidad o posibilidad de introducir por las empresas planes de igualdad<sup>31</sup>: A nadie se nos escapa

<sup>31</sup> En este punto las reformas afectan a los siguientes puntos: a) Ampliación de las competencias de los representantes de los trabajadores. De ha modificado el art. 64.1 del ET para ampliar el derecho de información pasiva que tienen los representantes de los trabajadores consistente en que *"también tendrán derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación por la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades...."* En el mismo art. 64 se incluye el derecho de los mismos representantes a c) *Ejercer una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*; - nueva letra c) en el nº 9 del apartado 1 de dicho precepto; y a *"Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación"*. - nº 13 del apartado 1- Todo ello se añade al deber que a dichos representantes le impone el art. 48.2 LOI de *"contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo, y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos"* b) Imposición de un deber de negociar sobre temas de igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad Art. 85-. Al art. 85.1 ET se le ha incluido una segundo apartado en el que se dispone que *"sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos en la negociación colectiva de los mismos existirá, en todo caso el deber de negociar medidas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la ...LOI"* Se trata, como puede apreciarse, de un deber de negociar, no de un deber de llegar a acuerdos, pero es en la negociación colectiva en donde se podrán acordar medidas para promover la igualdad y de conciliación de la vida familiar y el trabajo como vienen establecidas con carácter general en los arts. 44 y 45 LOI En el mismo art. 85, se añade un párrafo segundo al apartado 2 del mismo se establece que *"a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores, señalando que en las empresas que tengan convenio colectivo propio se habrán de negociar en el marco del propio convenio, mientras que si se rigen las empresas"*



que estas previsiones legales sobre los planes de igualdad van a suponer una nueva vía de litigiosidad tanto por reclamaciones colectivas como individuales, pero en este momento no es posible entrar a dilucidar ninguna de estas cuestiones sin perjuicio de lo que en el futuro pueda decidirse sobre ellas.

*E) Las reformas en la protección que dispensa la seguridad social*

Es obvio decir que si los permisos, suspensiones de contrato de trabajo, excedencias y demás derechos que la ley sustantiva reconoce a favor de los trabajadores no se complementan con medidas de protección social adecuadas, deviene completamente irrealizable el sueño de la igualdad o el de la conciliación de la vida familiar y laboral. Por eso el legislador, desde que se ha propuesto acabar con aquellas situaciones de desigualdad facilitando reformas para superarlas, ha previsto en forma correlativa —aunque no en su totalidad— medidas de seguridad social que garanticen prestaciones o cotizaciones a favor de quienes hacen uso de aquellos derechos.

En este punto el legislador ha hecho un esfuerzo para llevar la protección a todos los supuestos en los que hecho llegar el derecho sustantivo pero el alcance no ha sido total. En efecto, ha mejorado y ampliado la protección en aquellos supuestos en que ha establecido el derecho a suspender el contrato de trabajo por razones familiares o de igualdad de trato pero quedan por resolver los problemas relacionados con la reducción del tiempo de trabajo o la excedencia.

En relación con esta problemática la primera importante medida que se aprecia es el hecho de que se incluya en el art. 38.3 LGSS dentro de la acción protectora de la misma las dos nuevas contingencias que la LOI viene a proteger: “la paternidad”<sup>32</sup> y la de “riesgo duran-

por un convenio de ámbito superior la negociación se acomodará a las previsiones que se contengan en dicho convenio a través de las oportunas reglas de complementariedad...” El concepto y contenido de los planes de igualdad así como su régimen jurídico se contiene en los arts. 45 y concordantes de la LOI; y el art. 7.13 LISOS considera falta laboral grave “no cumplir con las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación. Sin olvidar que la finalidad de estos planes de igualdad no es otra que la de conseguir que, más allá del alcance general que viene recogido en las leyes, se consiga en cada empresa aquélla finalidad de la ley, pues la finalidad de estos planes no es otra que la de “alcanzar la igualdad real de hombres y mujeres en el seno de la empresa”) Control específico de la autoridad laboral acerca del respeto en los convenios colectivos del principio de igualdad —art. 95.1 ET— Se ha añadido un nuevo apartado 6 al art. 90 ET con la finalidad de que la autoridad laboral que registra el convenio y tiene conferidas facultades para adoptar medidas para subsanar supuestas anomalías, e incluso impugnar el convenio por ilegalidad conforme a lo previsto en el art. 161 LPL vele específicamente “por el respeto del principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo”.

<sup>32</sup> La nueva prestación por paternidad —arts 133 octies y sgs.— se reconoce a quienes hagan uso de la suspensión del contrato por paternidad conforme a la nueva regla del art. 48 bis LGSS, siempre que cumplan el requisito general de estar afiliados y en alta, y acrediten un mínimo de cotización de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio del periodo de suspensión, o 360 días durante su vida laboral. La cuantía de la prestación es la misma que para la maternidad – 100 por 100 de la base reguladora establecida para la IT por contingencias comunes; la duración la propia del periodo de suspensión (13 días o los que correspondan si se trata de parto múltiple). Por lo demás se asimila a la prestación de maternidad en cuanto que se trata de un periodo durante el que se mantiene la situación de alta y la obligación de cotizar, la gestión se la reserva la entidad gestora, y se mantienen

te la lactancia natural”<sup>33</sup>. La segunda se refiere a la mejora del régimen jurídico de diversas prestaciones como lo son la asistencia sanitaria, maternidad<sup>34</sup>, riesgo durante el embarazo, prestaciones, muerte y desempleo. Por último la mejora en la protección de estas contingen-

periodos de cotización fingida o presunta para después de la finalización del contrato de trabajo y durante el desempleo —art. 124 LGSS—.

<sup>33</sup> La gran novedad en relación con las contingencias de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural —art. 134 LPL— es que las dos pasan a tener la consideración de contingencias profesionales, con lo que ellos supone de mejora en cuanto a la protección tanto por el hecho de que ya no se exigirá para causarlas ningún periodo de carencia como por el hecho de que la prestación se incrementa considerablemente al jugar sobre salarios reales y no sobre bases de cotización, habiendo quedado fijadas ambas en el 100 por 100 de la indicada base.

La duración de la prestación por riesgo durante el embarazo así como la de la nueva prevista por riesgo durante la lactancia natural comenzará el día en que se inicie la suspensión del puesto de trabajo, y en el caso del riesgo durante el embarazo terminará el día anterior a aquel en que comience la suspensión por maternidad o la prestación de un trabajo compatible y la de riesgo durante la lactancia natural cuando el hijo cumpla nueve meses o la trabajadora se reincorpore a su trabajo.

<sup>34</sup> En relación con la prestación de maternidad —art. 133 bis y sgs —, el legislador siguiendo con el mismo criterio ya utilizado para regular la suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad ha añadido como situación protegida a las que ya existían la de “el acogimiento preadoptivo...simple” aunque sea provisional pero dure más de un año. Importante también es el hecho de que en la Disposición adicional undécima ter de la LGSS reafirma el criterio de que esta prestación así como de la de paternidad “corresponderá directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente”, eliminando definitivamente la posibilidad de participación de Entidades Colaboradoras o la colaboración de las empresas. La novedad más importante, sin embargo, es que introduce una modalidad no contributiva de prestación por maternidad, al lado de la anterior, por lo que en este momento ya puede hablarse de una prestación contributiva de maternidad y de una prestación no contributiva de maternidad. En relación con la prestación contributiva se han introducido modificaciones importantes como las siguientes: 1) En relación con la carencia para causar derecho a prestaciones se ha introducido la trascendente modificación de que, frente a los 180 días cotizados en los cinco años anteriores a la fecha del parto o a la de la autorización judicial o administrativa en los demás casos, en la nueva ley se han escalonado tales exigencias de forma que si el beneficiario tiene menos de 21 años no se le exige carencia alguna, si tiene entre 21 y 26 sólo se le exigen 90 días en los 7 años inmediatamente anteriores o 180 días en toda su vida laboral, y si es mayor de 26 años un total de 180 días en los siete años anteriores o 360 días en todas su vida laboral; b) La duración de la protección se extiende a los supuestos y a las personas que tienen derecho a suspender por ello su contrato de trabajo, a cuyo efecto procede recordar la mejora que supone el hecho de que en caso de fallecimiento de la madre el padre puede utilizar todo el periodo que le correspondiera a la madre sin descontar las semanas que ésta hubiera utilizado con anterioridad al parto, y que de esta protección puede beneficiarse el otro progenitor aunque la madre no tuviera derecho a esta suspensión por no trabajar por cuenta ajena; y c) Que la situación de maternidad se halla especialmente beneficiada en relación con las exigencias de cotización para causar derecho a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, excepto cuando se hubiera cotizado por dicho periodo —nueva Disposición adicional decimocuarta—, y que, por la reforma introducida en el art. 124 el periodo de maternidad será considerado como periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el periodo de maternidad que subsista a la fecha de la extinción del contrato, o se inicie durante la percepción de prestación pro desempleo La prestación no contributiva denominada por la LOI “Supuesto especial” y regulado en los arts 133 sexies y septies se caracteriza porque sólo se reconoce a “las trabajadoras por cuenta ajena”, “en caso de parto” y “cuando no reúnan los requisitos de cotización” causar derecho a la prestación contributiva. Con una duración de 42 días, y en el 100 por 1000 del IPREM.

cias también en de los Regímenes Especiales, en la dinámica de la obligación de cotizar o en las bonificaciones en la cotización.

En el estudio de las particularidades a que afecta la reforma en relación con la doctrina judicial preexistente podemos señalar las que afectan a la prestación por desempleo y a algún otro supuesto de reducción de jornada.

a) Modificaciones en las prestaciones por desempleo —arts 211 y sgs.—. Importantisíma mejora en las prestaciones por desempleo es la que se introduce en el art. 211.1 LGSS. En la redacción original de dicho precepto se recogía la regla general aplicable a todos los supuestos según la cual “la base reguladora de las prestaciones por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días”... dentro de los seis años anteriores a la situación de desempleo o del momento en que hubiera cesado la obligación de cotizar. Esta regla, aplicada a las previsiones sobre reducción de jornada contenida en el art. 37.5 ET en su redacción anterior a la actual (la introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, llevaba a computar la cotización correspondiente al salario de una jornada reducida, y así lo interpretó el TS que, aunque en una primera sentencia se atrevió a computar la base sobre las cotizaciones correspondientes al salario real —STS 6-4-2004 rec.4310/02— dicho criterio fue rectificado en sentencias posteriores para fijar el cálculo sobre la base real de cotización correspondiente a la jornada reducida —SSTS 2 y 23-11-2004— (rec. 5013 y 5502), 21-2-2005 y 14-3-2005 recc. 420/04 y 2457/04).

Esta postura jurisprudencial ha sido claramente modificada por la nueva redacción para introducir un apartado 5 en el art. 211 según el cual “en los supuestos de reducción de jornada previsto en los apartados 4 bis (reducción de jornada por hijos prematuros u hospitalizados), 5 (reducción de jornada para el cuidado de un menos o de familiares), y 7 (reducción de jornada de la mujer objeto de violencia de género), para el cálculo de la base reguladora las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial”. Con ello lo que se ha hecho es que la base reguladora en tales casos se calcula como si hubieran seguido trabajando y sin reducción; y la cuantía de la prestación también se calculará en estos casos sobre el IPREM que corresponda antes de la reducción y no “en función de las horas trabajadas” antes del hecho causante como ocurre cuando se trata de contratos a tiempo parcial.

En el desempleo asistencial el art. 217.1 ha sido modificado para incrementarlo en todo caso al margen de las situaciones derivadas de la LOI.

Cuando el desempleo concurre con situaciones de paternidad o maternidad también la LOI ha introducido modificaciones de interés en los arts 222. 2 y 222.3 LGSS para la situación de paternidad el mismo régimen jurídico que ya existía para la maternidad, y que consiste en que, a diferencia de lo que ocurre con la situación de IT la situación de desempleo y la de paternidad se complementan y no se solapan.

b) Problemática en relación con otras prestaciones. Con independencia de las problemáticas de futuro que puedan surgir de otras modificaciones relacionadas con otras contin-

gencias<sup>35</sup>, el legislador ha dejado sin cubrir por el sistema de protección de la Seguridad Social determinadas situaciones cuales son los supuestos de *reducción de jornada con la correspondiente reducción del salario en los casos del art. 37.4.bis reducción de jornada por hijos prematuros 5 —reducción de jornada para el cuidado de menores o incapacitados— y 7 —reducción de jornada por causa de violencia de género del ET—* en los que, como hemos visto, sólo se les computa el 100% de su salario a efectos de desempleo y no en relación con otras prestaciones. Respecto de las mismas, la Orden TAS/2632, de 7 de septiembre (BOE 14-9) ha abierto la posibilidad de que los afectados suscriban convenio especial con la Seguridad Social para completar el total de las futuras prestaciones por las contingencias de “*jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral*”; pero en estos casos, al igual que en las contrataciones a tiempo parcial está por ver si no se puede estimar que concurre un supuesto de discriminación o de trato desigual injustificado<sup>36</sup>; siendo de interés a tal respecto comprobar en qué acaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada recientemente por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de enero de 2007<sup>37</sup>, sobre aquella presunta condición de discriminación al afectar fundamentalmente a trabajadoras; en parecido sentido a como planteó el Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara la cuestión de inconstitucionalidad que fue inadmitida por Auto nº 200/2007, de 27 de marzo en el que también se alegaba la discriminación que podía suponer para las mujeres con reducción de jornada por cuidado de un menor o de familiares, que el cálculo para percibir prestaciones por invalidez permanente se hiciera sobre las cotizaciones reales y no sobre cotizaciones completas; con el voto particular de las dos mujeres Magistradas del Tribunal.

<sup>35</sup> En relación con las prestaciones por muerte se incluye en el art. 172.1 una letra b) que incluye como sujeto causante de las prestaciones por muerte a los que se hallen percibiendo prestación por paternidad, para equiparar a la de maternidad. Pero son de mucho interés otras reformas positivas como las siguientes: En la Disposición adicional decimoquinta de la LOI se recoge una bonificación del 100 por 100 de la cotización correspondiente a los trabajadores interinos contratados “para sustituir a trabajadores durante el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento” En la Disposición adicional segunda se establecen también bonificaciones en las cotizaciones correspondientes a los trabajadores sustituidos “durante los períodos de descanso por maternidad, adopción acogimiento, riesgo de embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por maternidad” en el supuesto de que sean sustituidos por trabajadores interinos con contratos bonificados conforme al supuesto anterior. Dentro de la reforma de la LGSS la regla Diecinueve modifica la Disposición adicional séptima de la LGSS, en la que se establecen las reglas de cálculo de la base reguladora de las prestaciones para los contratados a tiempo parcial para introducir tanto en la letra a) de la regla segunda del apartado 1 y en la letra a) de la regla tercera del apartado 1, en ambos casos la prestación por “paternidad” al lado de la de “maternidad” En los Regímenes Especiales se modifica la Disposición adicional undécima bis de la LGSS con la finalidad de extender la prestación por paternidad a los mismos y establecer para los autónomos un régimen mejorado de la prestación por maternidad y paternidad.

<sup>36</sup> Recordemos que la cotización prevista en el art. 12.4 del ET en su redacción introducida por el RD-L 8/1997, de 16 de mayo, en la que para los contratos a tiempo parcial se establecía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social se computarían exclusivamente las horas trabajadas, fue modificada posteriormente para fijar el sistema actual que se recoge en la Disposición Final 7ª de la LGSS; por haber sido declarada inconstitucional aquella previsión precisamente por la discriminación indirecta que supliría para el colectivo de trabajadoras, afectado específicamente por aquel tipo de contratación —SSTCº 253/2004, de 22 de diciembre y 49 y 50/2005, de 14 de marzo—.

<sup>37</sup> Ver comentario sobre el mismo de Borrajo Dacruz E.. Actualidad Laboral nº 13/2007; págs. 1558 y sgs.

#### IV. CONCLUSIONES

Como claramente se desprende no solo de su exposición d emotivos sino de su articulado, la nueva LOI se ha propuesto con toda claridad salir del mero reconocimiento formal de la igualdad de los hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida, para iniciar un camino en el que se vayan poniendo los medios para que la igualdad real pueda llegar a ser realidad en un futuro próximo. Ni que decir tiene que estamos en presencia de un problema social que, como tal, no se va a resolver por medio de una Ley, lo que no quiere decir que le impulso legislativo no sea necesario, así como las normas que modifica o desarrolla.

En este sentido, resultan especialmente importantes las definiciones y pautas interpretativas que se recogen en su Título I, de las que los órganos jurisdiccionales hemos de hacernos eco, al igual que todos los operadores jurídicos.

En el orden laboral son de capital importancia no solo las medidas introducidas para mejorar la conciliación de la mujer con la realización de un trabajo mejorando las anteriores previsiones, sino las medidas de prevención de la desigualdad y de acción positiva que las empresas están obligadas a aplicar dentro de los convenios colectivos ordinarios o dentro de los planes de igualdad a las que están obligadas.

Son de especial interés igualmente algunas previsiones de mejora de la protección social introducidas en el articulado de la Ley General de la Seguridad Social, si bien es aquí precisamente en donde no se ha producido la congruente acomodación de tales disposiciones con las previsiones sustantivas laborales puesto que no alcanza dicha protección a todos los lugares a los que alcanza aquella legislación.

Pero resuelta especialmente problemática y no bien resuelta la situación de reducción de jornada tanto a nivel sustantivo como procesal y de seguridad social pues en esta materia el legislador ha dejado demasiadas incertidumbres como para que el sistema de conciliación y de protección funcione de forma adecuada.

En cualquier caso, y a lo que en este trabajo se concreta, los Tribunales han visto corroborada en gran medida su interpretación de las normas preexistentes en materia de igualdad, y de la propia LOI reciben pautas de actuación suficientes como para aplicar con mayor propiedad el contenido de la misma, a cuya finalidad se hallan específicamente vinculados.

## sección de responsabilidad civil



# Responsabilidad civil de abogados en el ejercicio de su actividad

**Gonzalo Iturmendi Morales**  
Abogado

## INTRODUCCIÓN

El BOE del día 16 de marzo de 2007 publicó la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que introdujo algunas novedades en el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los profesionales, cuando estos llevan a cabo su actividad de manera colectiva mediante la forma conocida como sociedad profesional.

La Ley de sociedades profesionales tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a esta Ley e inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente. Existe una intención clara en la nueva Ley de Sociedades Profesionales, regular, al fin, las situaciones de hecho y de derecho que surgen a raíz del ejercicio colectivo de las actividades profesionales, tratando de alcanzar garantías de seguridad jurídica a quienes demandan la prestación de servicios profesionales a este tipo de sociedades y a aquellos que ejercen su profesión en el seno de estas sociedades. La norma construye un régimen peculiar, hasta ahora inexistente, en garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables.

Pero la Ley 2/2007 no solamente intenta ser una norma de garantías, sino también de responsabilidades, que se deducen tanto del régimen disciplinario y sancionador, como de los posibles daños que puedan causarse a quienes demanden los servicios profesionales. La evolución de la sociedad y de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por el trabajo en equipo, tanto de profesionales de una misma actividad, como de distintas profesiones. Ello es consecuencia de la creciente complejidad de estas actividades y las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo.

El ejercicio de la profesión en el seno de una sociedad profesional es compatible con los principios que deben presidir la actividad profesional de forma libre e independiente, como servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del desempeño específico de la actividad profesional que se trate, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica concreta de esa actividad. La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal "intuitu personae" incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional. Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa.

La obligación del profesional de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales, atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexa causal entre la conducta del profesional y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la

pretensión confiada por el cliente, evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo al caso concreto que requirió la intervención del profesional.

El profesional realizará diligentemente las actividades que le imponga la naturaleza del asunto confiado, pudiendo auxiliarse en la práctica de tales actividades de sus colaboradores u otros compañeros. También podrá llevar a cabo su labor profesional mediante la configuración societaria que crea conveniente, si bien de la prestación de los servicios profesionales colectivos deberá ajustarse a los requerimientos legales que exige la configuración típica de las llamadas Sociedades Profesionales.

Así, por ejemplo, en el caso del ejercicio de la Abogacía, la regulación contenida en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 10 Julio), con la finalidad de modernizar, flexibilizar y potenciar las distintas formas de agrupación profesional entre Abogados<sup>1</sup> contemplaba por primera vez las asociaciones de abogados con otros profesionales de tal modo que ofrezcan unos servicios especializados de manera coordinada en beneficio del cliente. Se regula en el Estatuto esa participación del Abogado como miembro de sociedad multiprofesional con un adecuado régimen de garantías que preserva, en todo caso, la deontología profesional. Los despachos colectivos también son objeto de regulación, modernizándose su funcionamiento con la importante novedad de suprimirse la limitación en el número de miembros que los componen que regía hasta aquel momento<sup>2</sup>.

El art. 28 del Estatuto de la Abogacía permite que los Abogados ejerzan la Abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo.

<sup>1</sup> ALBIEZ DORMÁN, K. J. La sociedad de Abogados stricto sensu en el Estatuto General de la Abogacía Diario La Ley N.º 5665, Año XXIII, 28 Nov. 2002: "la sociedad de Abogados, tal como viene regulada en el art. 28 (LA LEY 1024/2001), es una sociedad personificada y, por consiguiente, una sociedad con personalidad jurídica o al menos una sociedad que se manifiesta al exterior como tal. La sociedad de abogados debe identificarse en sus relaciones externas como sociedad profesional, tanto con sus clientes como con el Colegio de Abogados y las Administraciones, es titular de derechos y obligaciones, se requiere —aunque sólo formalmente— la inscripción en el Registro especial... Estas exigencias descartan que la sociedad de abogados pueda ser una sociedad profesional meramente interna".

<sup>2</sup> Véase, para las sociedades de Abogados, ALBIEZ DOHRMÁN, K.J., GARCÍA PÉREZ, R., La sociedad profesional de Abogados, Madrid, Thompson-Civitas, 2005. Véase también, para la distinta problemática del ejercicio en sociedad de Abogacía, ORTEGA REINOSO, G. Ejercicio en sociedad de la profesión de Abogado, Actualidad Civil (La Ley) Revista N.º: 22 Quincena del 16 al 31 Dic. 2004 Sección: A Fondo Págs. 2659 a 2676 N.º de Págs.: 18 Tomo: 2 Y para las sociedades profesionales en general: MORENO-LUQUE CASARIEGO, Sociedades profesionales liberales, Barcelona, 1994; DELGADO GONZÁLEZ, Las sociedades profesionales, Madrid, 1996; GARCÍA PÉREZ, El ejercicio en sociedad de profesiones liberales, Barcelona, 1997; CAMPINS, La sociedad profesional, Madrid, 2000 y CAPILLA RONCERO, "Sociedades profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad"; y PAZ-ARES, "Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada)", RCDI, núm. 653, págs. 1257 y ss.

La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan. Los Abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes.

Los Abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

Los Abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna. Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

En el presente trabajo centraremos nuestra atención en el ámbito de las responsabilidades civiles, con independencia de las responsabilidades disciplinarias que puedan surgir del incumplimiento de las normas deontológicas que regulan la actividad profesional colegiada. Se establece junto a la responsabilidad societaria, la personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en ésta encuentren su origen, todo ello con la pretensión de garantizar los derechos de los terceros que requieran los servicios profesionales.

Este régimen de responsabilidad se extiende en la disposición adicional segunda a todos aquellos supuestos en que se produce el ejercicio por un colectivo de la actividad profesional, se amparen o no en formas societarias, siempre que sea utilizada una denominación común o colectiva, por cuanto generan en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las responsabilidades, si existieran, deban ser exigidas; regla que sólo quiebra en un supuesto, en el que se establece la responsabilidad solidaria y personal de todos los partícipes o socios: en aquellos casos en los que el ejercicio colectivo de la actividad profesional no se ampara en una persona jurídica, por carecer de un centro subjetivo de imputación de carácter colectivo.

## I. LA LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO, DE SOCIEDADES PROFESIONALES, UNA NUEVA REGULACIÓN PARA UNA ACTIVIDAD PREEXISTENTE

Regular una actividad no requiere inventar nada que no exista; por el contrario, necesita prudencia con las situaciones fácticas que han venido funcionando con garantías jurídicas suficientes antes de la nueva regulación, en la medida en que la situación anterior haya posibilitado la certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional. Tampoco precisa, necesariamente, regular el régimen jurídico de las profesiones, ni de las organizaciones corporativas de determinados profesionales. Nos encontramos, por lo tanto, ante una Ley que regula un tipo de sociedad que ya venía funcionando, si bien probablemente existían carencias a la hora de adaptar las sociedades profesionales a los modelos societarios existentes, en suma, una normativa que no supone una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque proporciona una trama normativa de obligaciones que, a la postre, posibilitan mayor transparencia y control de las mismas, así como un acodo legal para situaciones de hecho que encontraban deficiencias en los modelos clásicos societarios.

La disposición final primera de la Ley declara la competencia legislativa del Estado en esta materia. Los preceptos de esta norma son de aplicación plena, y se dictan en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución; así como, en lo que se refiere al artículo 8, apartados 1, 2 y 3, al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución; y en lo relativo al artículo 8, apartados 4, 5 y 6, el artículo 9 y la disposición transitoria segunda, al amparo del artículo 149.1.8.ª y 18.ª de la Constitución; que declaran respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, ordenación de los registros e instrumentos públicos y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.

La prudencia normativa aconsejaba establecer un plazo de tres meses para la entrada en vigor de la Ley, a contar desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por otro lado, para la adaptación a las previsiones de la Ley de las sociedades profesionales preexistentes, se estableció un plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma. Notemos que, al contrario de lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989), en la que se disponía un término superior al doble del aquí previsto, el régimen transitorio previsto en la Ley de sociedades profesionales para la adaptación de las sociedades preexistentes, no prevé la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas sociales por el incumplimiento de la obligación de adaptación, aunque sí el cierre registral.

Afirmaba TRIGO GARCIA, B que no bastaban los preceptos del Estatuto General de la Abogacía para establecer la regulación de las sociedades profesionales de Abogados<sup>3</sup>. Sien-

<sup>3</sup> TRIGO GARCIA, B ¿Regulación del ejercicio societario de la Abogacía mediante normas reglamentarias? el real decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española Diario La Ley Nº 5527, Año XXIII, 19 Abr. 2002, pág. 1844, Tomo 3, quien afirma: "La pregunta que cabe hacerse es por qué el legislador español se ha apartado de lo que sería el proceder lógico, es decir, aprobar con carácter previo la norma legal que diera cobertura al desarrollo reglamentario —por profesiones o sectores de actividad— y a la correspondiente adaptación de los estatutos profesionales (véase, a este respecto, el ejemplo francés). Precisamente, al tiempo de prepararse el RD 658/2001, la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, había aprobado una Propuesta de Anteproyecto de ley de sociedades profesionales, en buena parte coincidente con la regulación del ejercicio colectivo de la profesión de abogado contenida en el EGA".



do la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, una nueva regulación para una actividad preexistente, introduce —en el ámbito de la Abogacía— una serie de certezas e incertidumbres que analizaremos a continuación.

### 1. Definición de las sociedades profesionales y ámbito de aplicación de la Ley

Las sociedades que tengan por **objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional** deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

La actividad profesional es aquella para cuyo desempeño **se requiere titulación universitaria oficial**, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e **inscripción en el correspondiente Colegio Profesional**.

La sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, concurriendo los elementos básicos del origen negocial, el fin común y la promoción en común de dicho fin por los socios. Ello a diferencia del profesional independiente, que es alguien que obtiene rentas ordenando por cuenta propia medios de producción y recursos humanos, para concurrir en el mercado mediante la prestación de sus servicios.

En el caso específico de la Abogacía, conforme el artículo 29 del Estatuto de la Abogacía, los Abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles, sin limitación de número y sin que ello afecte a su plena capacidad para el ejercicio de la profesión ante cualquier jurisdicción y Tribunal, utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los de las otras profesiones.
- b) Que la actividad a desempeñar no afecte al correcto ejercicio de la Abogacía por los miembros Abogados.
- c) Que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 28 en lo que afecte al ejercicio de la Abogacía, salvo lo expresado bajo el apartado 2<sup>º</sup> del mismo, que no resultará aplicable, o en el apartado 4<sup>º</sup> del que solamente será aplicable la obligación de dejar constancia de la condición de miembro del colectivo multiprofesional en las actuaciones que se realicen y minutas que se emitan en su ámbito.

<sup>4</sup> "2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo".

<sup>5</sup> "4. Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo".

En los Colegios de Abogados se creará un Registro Especial donde se inscribirán las agrupaciones en régimen de colaboración multiprofesional.

Sin embargo la práctica en grupo de actividades profesionales no siempre está sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales.

Notemos que los Abogados utilizan fórmulas jurídicas de agrupación no societarias para conseguir la colaboración de tipo profesional o económico que necesitan en el ejercicio de su profesión. Se trata de fórmulas contractuales como la mera colaboración (subordinada o paritaria), las franquicias, las redes y las cuentas en participación<sup>6</sup>.

La propia Exposición de Motivos ayuda a discernir el ámbito de aplicación de la norma advirtiendo que quedan fuera de su ámbito de aplicación las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional.

Estas tres categorías de sociedades son muy frecuentes y probablemente se encuentren dentro de ellas un número considerable de organizaciones. Se trata de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas.

La **sociedad de medios** se caracteriza por el acuerdo existente entre quienes la componen para compartir la infraestructura necesaria que precisa el ejercicio de su actividad profesional. En estas sociedades se comparten los medios, pero no existe un ánimo común de lucro y la prestación del servicio se imputa personalmente al profesional que la desarrolla individualmente.

Los componentes de estas sociedades comparten medios personales y materiales con la finalidad de facilitar el desempeño individual de la profesión, reduciendo costes y optimizando el resultado de su actividad.

La complejidad jurídica de estas sociedades está en función de la escala de la actividad profesional finalmente desarrollada, así como del entramado de los acuerdos tomados entre los profesionales que la componen, el grado de los mismos y la forma de ejecutar en la práctica tales acuerdos. De manera que podemos encontrar sociedades de medios más o menos sencillas, que encuentran soluciones para su regulación en los artículos 1650 y siguientes del Código civil, frente al modelo de otras sociedades de medios que puede alcanzar un grado de complejidad mayor, para las que existen normas como la Ley 12/1991, de 29 de abril, para Agrupaciones de Interés Económico, que pueden aportar herramientas jurídicas más acordes con los acuerdos tomados entre los profesionales que componen la sociedad de medios.

La **sociedad de ganancias** se caracteriza por los acuerdos entre los profesionales que la componen que permiten compartir el resultado económico de la prestación profesional. En este caso se comparte el resultado derivado del ejercicio de la actividad profesional, pero no

<sup>6</sup> ORTEGA REINOSO, G. Colaboración entre Abogados, Actualidad Civil, Revista N.º: 8 Quincena del 16 al 30 Abr. 2005, Sección: A Fondo Págs. 901 a 919.



se comparten las cargas necesarias que posibilitan el ejercicio de la actividad profesional. No siempre está clara en la práctica la frontera entre una sociedad de medios y una sociedad de ganancias, ya que si bien es cierto que en ambos casos la relación entre el profesional y el cliente es netamente individual, no es menos cierto que la aparente configuración de la prestación de los servicios profesionales de las sociedades de ganancias, puede dar lugar a ambigüedad o falta de claridad de cara a quien solicita aquellos servicios. Pensemos en el caso de las relaciones de colaboración entre profesionales, bien ocasionales o bien permanentes. La calificación de la sociedad como de ganancias adquiere su relevancia en el hecho de la exclusión del ámbito de aplicación a la Ley de sociedades profesionales de las denominadas sociedades de ganancias, implica la necesidad de resaltar en los acuerdos entre profesionales esta característica de participación en las ganancias, así como la publicidad necesaria para evitar situaciones de falta de transparencia y control.

La sociedad profesional adquiere carta de naturaleza propia, en ella los socios aportan capital a la empresa, la cual tiene personalidad jurídica propia e independiente de los profesionales que prestan en ella sus servicios, al contrario que en la sociedad de ganancias o la de medios en las cuales la prestación profesional está claramente individualizada de la organización empresarial que conlleva la sociedad profesional.

La **sociedad de intermediación** también está excluida del ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales, caracterizándose porque su objeto consiste en actuar como agentes mediadores dentro de la prestación de los servicios profesionales y no como prestadores de los servicios profesionales propiamente dichos. En este caso las sociedades de mediación llevan a cabo el proceso de elección y organización de los profesionales que ulteriormente prestarán los servicios profesionales de forma directa<sup>7</sup>.

No es preciso puntualizar que el hecho de no entrar en el ámbito de aplicación de la Ley no excluye la responsabilidad civil ni disciplinaria de los profesionales que desarrollen su actividad en sociedades de medios, ganancias o mediación. Pensemos, por ejemplo, en las sociedades de mediación que tienen el derecho y el deber de actuar según las normas y técnicas propias del conocimiento de la profesión, tomando en consideración las experiencias propias del sector donde desempeñan su labor profesional. No en vano su responsabilidad profesional nace del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de sus obligaciones. Tienen también el derecho y el deber de seguir una formación continua, de tal forma que los errores u omisiones profesionales que causen daño o perjuicio, tanto a los clientes como a otros terceros perjudicados, pueden tener su origen no solo en la falta de cuidado en el desempeño de la profesión u oficio, sino también en la falta de actualización de los conocimientos necesarios para su desempeño. En la mediación se entiende por asesoramiento independiente, profesional e imparcial, el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo de las soluciones que requiere el cliente que demanda los servicios profesionales, que incluye la obligación general de la sociedad de mediación de realizar un análisis objetivo sobre los riesgos que comportan la mediación, basándose —eso sí— en informaciones facilitadas por el cliente a la sociedad de mediación, debiendo especificar las exigencias y las necesidades del cliente, además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que hayan podido darle sobre una determinada opinión, bien entendido que esas precisiones habrán

<sup>7</sup> Véase al respecto la Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado de 2 de junio de 1986.

de dar respuesta, como mínimo, a todas las cuestiones planteadas en la solicitud del cliente, modulándose en función de la complejidad del asunto que se plantee en cada caso.

Las sociedades profesionales son compatibles con otras construcciones jurídicas societarias, ya que se pueden constituir con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley de sociedades profesionales<sup>8</sup>.

Rige el principio de libre elección respecto de la forma social elegida, pudiéndose optar por los modelos societarios personalistas (sociedad civil, sociedad colectiva o sociedad comanditaria simple) o sociedades profesionales de configuración capitalista (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc...). Sin embargo esta libertad pugna con dos tipos societarios que parecen no adecuarse al ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales. Tal es el caso de las agrupaciones de interés económico —a las que nos referimos anteriormente— y las cooperativas de servicios<sup>9</sup> que se encuentran encuadradas en las sociedades de medios.

Las sociedades profesionales se registrarán por lo dispuesto en la Ley de sociedades profesionales y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.

## 2. Exclusividad del objeto social

Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, que podrán desarrollarlas bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales.

El objeto social debe ser claro, preciso, congruente, posible y lícito, pudiendo ser único, respecto de una única profesión, o plural, como es el caso de las llamadas sociedades multidisciplinarias, salvo que estas incurran en incompatibilidad legal o reglamentaria<sup>10</sup>.

## 3. Composición

Son socios profesionales:

1. Las **personas físicas** que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma. Sin embargo no pueden ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa.

2. Las **sociedades profesionales** debidamente inscritas en los respectivos colegios profesionales que, constituidas con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, participen en otra sociedad profesional. Sin embargo no parece lógico que una sociedad profesional pueda tomar participaciones en sociedades cuyo objeto no sea profesional con la finalidad de desa-

<sup>8</sup> Véase al respecto Yanes Yanes, Pedro. "Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales". Tirant lo Blanch. Valencia 2007 y Bezmez Martínez Villareal. "Las sociedades profesionales, análisis práctico de su nueva regulación". Ediciones Experiencia, Madrid marzo de 2007.

<sup>9</sup> Véase el art. 98, 1 de la Ley de cooperativas.

<sup>10</sup> Artículo 3. "Sociedades multidisciplinarias. Las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario".

rollar actividades profesionales, ya que así se perdería el control de la sociedad profesional, quedando desvirtuado la finalidad deontológica y corporativa que persigue el entramado normativo que regula las sociedades profesionales.

Habrán de pertenecer a socios profesionales las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas,

Sorprende la exigencia de la Ley cuando requiere que habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales.

También resulta sorprendente la exigencia para el caso de que se opte por un órgano de administración unipersonal, o si existieran consejeros delegados, que dichas funciones deban de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional.

Todos estos requisitos deben cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, constituyendo causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de tres meses contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento.

Realmente la actividad profesional llevada a cabo en las sociedades profesionales solamente puede ejecutarse por los profesionales que cumplan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social de la sociedad. Los socios profesionales únicamente podrán otorgar su representación a otros socios profesionales para actuar en el seno de los órganos sociales.

#### 4. Ejercicio de la actividad profesional e inscripción registral

El reconocimiento del ejercicio profesional en grupo implica que la Sociedad Profesional es una forma de ejercicio de la profesión, pero no un nuevo colegiado a los efectos del ejercicio de los derechos que corresponden a los profesionales miembros del correspondiente Colegio.

La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social **a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional** correspondiente para el ejercicio de las mismas.

Los Registros de Sociedades Profesionales no solo cumplen la función de publicidad, sino también otra esencial, cual es la de constituir el vínculo jurídico de sujeción de las Sociedades Profesionales al Colegio Profesional. Así, una vez practicada la inscripción de constitución o de adaptación en el Registro Mercantil, se procederá de oficio a la inscripción en el Registro del Colegio Profesional<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Véase al respecto CALVO SANCHEZ, LUIS, "La adaptación de los Colegios Profesionales a la Ley de Sociedades Profesionales", págs. 45 y ss. Encuentro "Las Sociedades Profesionales: principales implicaciones mercantiles, tributarias, civiles y laborales del nuevo marco legal. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Asociación Española de Asesores Fiscales. Santander 8 de septiembre de 2008. Para quien "la no atribución de efectos habilitantes del ejercicio profesional a la inscripción en el Registro Colegial ha sido una medida desacertada, que puede provocar importantes disfunciones en combinación con otras medidas arbitradas en la LSP" (pág. 55)

Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de la Ley.

La sociedad se inscribirá —conforme al art. 8 de la Ley— en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional pugna con la idea de la Comisión Nacional de la Competencia<sup>12</sup> por la que considera necesario acabar con la colegiación obligada en determinadas profesiones por entender que puede limitar la competencia. Este organismo, que aboga por una redefinición de las funciones de los colegios profesionales, ha elaborado un informe<sup>13</sup> sobre el funcionamiento de los colegios profesionales dentro de las funciones que le otorga la Ley de la Competencia de julio de 2007. En él se dice que "es preciso quebrar la asociación automática de profesión titulada con colegio profesional" porque "una cosa es restringir la entrada en un mercado por razones de interés público" y otra obligar al profesional a que, además de contar con un título, esté inscrito en un colegio.

Para la Comisión el principal problema se deriva del poder de auto-regulación que la legislación vigente otorga a los Colegios Profesionales, lo que ha dado lugar a la aparición de normas internas y conductas colegiales que han perjudicado la competencia entre los propios profesionales de cada Colegio. "Parte del origen del problema se puede encontrar en la definición de los fines de los Colegios, al estar combinando intereses meramente corporativos, de defensa de los profesionales, con los fines orientados a la protección de los consumidores, que son para los que realmente la Administración delega en los Colegios poderes públicos". En definitiva, la Comisión Nacional de la Competencia entiende que la exigencia de colegiación se debe enfocar "desde el punto de vista de los consumidores y no de los profesionales" con el objetivo de mejorar la calidad del servicio<sup>14</sup>. Concuera esta conclusión con los prin-

<sup>12</sup> La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia creó, en el ámbito estatal, una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia, que integra a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. Este organismo público está encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma y, en particular, mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, así como la cooperación con los órganos judiciales competentes.

<sup>13</sup> Véase el informe en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/OtrosInf/15.pdf> "El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha estimado necesario elaborar el presente informe en el que se recogen los principales problemas para la competencia detectados en el ámbito de los servicios profesionales; se describen los cambios habidos en el entorno económico y social que afectan a este sector, en particular, la aprobación de la Directiva de Servicios y los cambios en las titulaciones universitarias; y se recomiendan las líneas o principios básicos a seguir, desde el punto de vista de competencia, en el diseño del nuevo marco normativo para los servicios profesionales".

<sup>14</sup> Concluye el referido informe de la Comisión: "En lo que se refiere a la regulación del acceso a la profesión, las principales restricciones se sitúan en la exigencia de una determinada titulación y/o la exigencia de colegiación obligatoria. Su principal efecto desde el punto de vista de la competencia es que generan reservas de actividad en las que la competencia se limita a aquellos profesionales que cumplan las condiciones de

cipios que debían configurar una normativa de alta calidad de los servicios profesionales de la OCDE recogidos en su informe de 2000, *Competition in Professional Services*, así como los análisis sobre la regulación de los servicios profesionales que ha realizado la Comisión Europea<sup>15</sup>.

En todo caso la personalidad jurídica de la sociedad profesional viene dada por la inscripción en el Registro Mercantil. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2<sup>16</sup> y, al menos, los siguientes extremos:

- a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.
- b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizan- te; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.
- c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.
- e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

Una vez inscrita la sociedad profesional en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, se produce la incorporación de la misma en la condición de "colegiado", con lo que se posibilita el ejercicio de las facultades disciplina- rias y de control deontológico que el ordenamiento jurídico confiere a los Colegios Profesionales en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas.

Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha socie- dad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

El art. 9, 2 de la Ley establece que en ningún caso será obstáculo el ejercicio de la activi- dad profesional a través de la sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales, socios

acceso. Tales condiciones solo pueden estar justificadas por unos claros motivos de interés general que deben ser explicitados, de tal forma que se justifique la necesidad y la proporcionalidad de la regulación. Los problemas que se derivan de la existencia de reservas de actividad se van a ver agravados en el futuro inmediato por las reformas acometidas en el ámbito de las titulaciones universitarias, a raíz del Proceso de Bolonia. En efecto, tales reformas pretenden dar lugar a un entorno más ágil en el que nuevas titulaciones respondan a las nuevas demandas sociales. Sin embargo, si las nuevas titulaciones se ven obligadas a competir con reservas de actividad cerradas se puede estar promoviendo una 'carrera' para crear nuevas reservas de actividad, referidas cada vez a mercados más limitados". Ob. cit. Pág. 49.

<sup>15</sup> COM (2004) 83 final. Informe sobre la competencia en los servicios profesionales.

<sup>16</sup> Art. 7.2. "La escritura constitutiva recogerá las menciones y cumplirá los requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, en todo caso, expresará:

- a) La identificación de los otorgantes, expresando si son o no socios profesionales.
- b) El Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, lo que se acreditará mediante certificado colegial, en el que consten sus datos identificativos, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.
- c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d) La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas".

o no, del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Resulta contradictorio que el reproche disciplinario de una actuación profesional pueda ser imputada a un socio profesional o al profesional no socio en el territorio de un Colegio Profesional competente por razón del lugar donde se generó la posible responsabilidad disciplinaria y al mismo tiempo en un Colegio distinto por razón de la inscripción en el Registro de la sociedad profesional. Todo socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional, sin perjuicio de su posible continuación en la sociedad con el carácter de socio no profesional si así lo prevé el contrato social<sup>17</sup>.

Finalmente, cabe plantear el problema de aquellas actividades profesionales con Cole- gios Profesionales donde la colegiación es claramente no obligatoria, es decir, existe Colegio Profesional, pero para ejercer la profesión no es obligatorio estar inscrito en él (geólogos, licenciados en ciencias ambientales en Valencia, ...), o donde en la práctica no se exige (economistas), o donde no está clara la obligatoriedad (geógrafos, periodistas en Galicia, pedagogos en Baleares, etc...). Una interpretación finalista del apartado 4 del artículo 8 de la Ley de Sociedades Profesionales nos lleva a la conclusión de la no necesidad de inscribir estas Sociedades en los Registros colegiales, salvo que expresamente se regule por aquellos Colegios la necesidad de la inscripción registral de la Sociedades Profesionales.

## 5. Denominación social

La norma refleja el principio de libertad en la configuración de la denominación social de las sociedades profesionales, si bien deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión "profesional".

En la denominación social debe figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión "profesional". Ambas indicaciones podrán incluirse de forma desarrollada o abreviada. La denominación abreviada de las sociedades profesionales se formará con las siglas propias de la forma social adoptada seguidas de la letra "p", correspondiente al califi- cativo de "profesional".

Sin embargo nada dice el texto legal sobre la nacionalidad y el domicilio de la sociedad profesional, debiendo aplicarse aquí las normas generales del derecho societario español<sup>18</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento Roma II de la Unión Europea para el caso de las responsabilidades civiles.

La denominación puede ser objetiva o subjetiva. Cuando la denominación sea subjetiva se formará con el nombre de todos, de varios o de alguno de los socios profesionales. Las personas que hubieren perdido la condición de socio y sus herederos podrán exigir la supre- sión de su nombre de la denominación social, salvo pacto en contrario.

No obstante, el consentimiento de quien hubiera dejado de ser socio para el mantenimien- to de su nombre en la denominación social será revocable en cualquier momento, sin perjuicio

<sup>17</sup> En este sentido el art. 4 4 de la Ley establece: "No podrán ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa".

<sup>18</sup> Así, los arts. 28 del Código civil, 15 del Código de Comercio, 149,2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 72,2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 20,2 del Reglamento del Registro Mercantil.

de las indemnizaciones que fueran procedentes. El mantenimiento en la denominación social del nombre de quien hubiera dejado de ser socio que deba responder personalmente por las deudas sociales, no implicará su responsabilidad personal por las deudas contraídas con posterioridad a la fecha en que haya causado baja en la sociedad.

## 6. Régimen transitorio y entrada en vigor de la norma

Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable, **deberán** adaptarse a las previsiones de la presente Ley y **solicitar su inscripción, o la de la adaptación en su caso, en el Registro Mercantil, en el plazo de un año** desde la entrada en vigor de ésta.

Transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta.

En el plazo de nueve meses contados desde la entrada en vigor de esta Ley, los Colegios Profesionales y demás organizaciones corporativas deberán tener constituidos sus respectivos Registros Profesionales. Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable, **deberán solicitar su inscripción en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales en el plazo máximo de un año** contado desde su constitución.

La Ley entró en vigor el 16 de junio de 2007.

En el plazo de nueve meses contados desde la entrada en vigor de esta Ley, los Colegios Profesionales y demás organizaciones corporativas deberán tener constituidos sus respectivos Registros Profesionales. Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.1<sup>19</sup>, deberán solicitar su inscripción en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales en el plazo máximo de un año contado desde su constitución.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

El artículo artículo 11 de la Ley regula el régimen de responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales, estableciendo que si bien de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio, la responsabilidad de los socios se

<sup>19</sup> "Artículo 1. Definición de las sociedades profesionales.

1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente".

determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

La remisión legal nos obliga a la responsabilidad contractual o extracontractual que corresponda en cada caso nos obliga a estudiar las distintas fuentes de responsabilidad civil en la que pueden incurrir tanto las sociedades profesionales como las personas que desempeñan su trabajo en las mismas, bien sean socios profesionales o profesionales que no tengan esa condición, así como los administradores y otros empleados y dependientes que no tengan la consideración de profesionales, pero que ejerzan su actividad en la sociedad profesional.

### 1. Concepto de responsabilidad civil profesional

El ejercicio profesional se define como la prestación al público, normalmente remunerada, de los servicios propios de una actividad o profesión. Todo hecho humano que produzca daños a otros, obliga al resarcimiento a aquel por culpa del cual ocurrió siempre que concurren los elementos necesarios requeridos para la apreciación de la responsabilidad.

Podemos definir la responsabilidad civil profesional como la obligación legal que tiene un profesional, de reparar cualquier menoscabo, daño o pérdida causados a un tercero, cuando concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

Para que exista responsabilidad civil profesional es necesario que se conjuguen los elementos que la configuran: acción u omisión productora del acto ilícito, culpa del agente, daño efectivo y nexo de causalidad entre la acción y el daño causado.

Profesional es la persona que ejerce una profesión. Profesión es el empleo, facultad u oficio reconocido públicamente ejercido por una persona con derecho a retribución.

La regulación del ejercicio de las profesiones tituladas es una preocupación actual y común de los países de nuestro entorno, en la medida en que contribuyen aproximadamente a un tercio de la ocupación laboral y constituyen uno de los principales motores de crecimiento económico y progreso del conocimiento en las sociedades avanzadas.

Las profesiones tituladas se caracterizan por la aplicación de conocimientos y técnicas para cuyo ejercicio es preciso estar en posesión de un título académico, acreditativo de la completa superación de un plan de estudios, que habilite para el ejercicio profesional de acuerdo con la normativa vigente y, si procede, para cumplir las demás condiciones establecidas por ley.

Las profesiones tituladas pueden ser colegiadas o no colegiadas, sin perjuicio del derecho de asociación. Son colegiadas las profesiones en las que, de conformidad con la ley, los profesionales que las ejercen quedan integrados en un colegio profesional. Conforme al art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que son la ordenación del ejercicio de la profesión; representación exclusiva de la profesión y defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

Las profesiones colegiadas son aquellas que sólo pueden ser ejercidas por los profesionales que estén colegiados en el Colegio Profesional correspondiente. Sin embargo, existen otros servicios profesionales que, sin ser necesariamente profesiones colegiadas, se ven

afectados por otro tipo de barreras de entrada o acceso y de barreras de ejercicio, distintas a las derivadas de la exigencia de colegiación, tales como la titulación suficiente o bien otros requisitos formales.

Los profesionales titulados tienen el derecho y el deber de actuar según las normas y técnicas propias del conocimiento de la profesión, tomando en consideración las experiencias propias del sector donde desempeñen su labor profesional. Tal y como veremos más adelante, del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de sus obligaciones nace la responsabilidad del profesional. Tienen también el derecho y el deber de seguir una formación continua, de tal forma que los errores u omisiones profesionales que causen daño o perjuicio, tanto a los clientes como a otros terceros perjudicados, pueden tener su origen no solo en la falta de cuidado en el desempeño de la profesión u oficio, sino también en la falta de actualización de los conocimientos necesarios para su desempeño.

Constatamos la inexistencia por parte de la doctrina de un concepto pacífico del término profesional. De hecho, algunos autores como Yzquierdo Tolsada, han centrado el tema desde la perspectiva exclusiva del llamado "profesional liberal"<sup>20</sup>, en suma la persona que desarrolla su actividad de forma habitual, continua, estable y sistemática, desarrollando un trabajo fundamentalmente intelectual, y con la característica de independencia, sin relación de subordinación<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Véase al respecto el excelente trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO "La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general. Madrid 1989. Ed. Reus.

<sup>21</sup> La Comisión Nacional de la Competencia en ob. cit. Págs. 43 y ss distingue entre:

Profesiones de las Directivas sectoriales

Médico

Enfermero responsable de cuidados generales

Odontólogo

Matrona

Veterinario

Farmacéutico

Arquitecto

Profesiones del Anexo I del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los Estados miembros de la Unión Europea y otro(s) Estado(s) partes, en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, suscrito el 2 de mayo de 1992, y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, que exigen una formación mínima de tres años de duración

Sector jurídico, contable y económico

Abogado

Actuario de Seguros

Agente de la Propiedad Industrial

Auditor de Cuentas

Diplomado en Ciencias Empresariales y Profesor Mercantil

Economista

Gestor Administrativo

Graduado Social

Habilitado de Clases Pasivas

Intérprete Jurado

Procurador

Técnico de Empresas y Actividades Turísticas

Sector sanitario

Logopeda

Óptico

Podólogo

Psicólogo

Terapeuta Ocupacional

Sector técnico y de ciencias experimentales

Arquitecto técnico

Biólogo

Enólogo

Físico

Geólogo

Ingeniero Aeronáutico

Ingeniero Agrónomo

Ingeniero de Armamento y Material

Ingeniero de Armas Navales

Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos

Ingeniero de Construcción y Electricidad

Ingeniero Industrial

Ingeniero de Minas

Ingeniero de Montes

Ingeniero Naval

Ingeniero de Telecomunicación

Ingeniero técnico Aeronáutico

Ingeniero técnico Agrícola

Ingeniero técnico Forestal

Ingeniero técnico Industrial

Ingeniero técnico de Minas

Ingeniero técnico Naval

Ingeniero técnico de Obras Públicas

Ingeniero técnico de Telecomunicación

Ingeniero técnico en Topografía

Jefe de máquinas de la Marina Mercante

Oficial de máquinas de primera clase de la Marina Mercante

Oficial de máquinas de segunda clase de la Marina Mercante

Oficial radioelectrónico de primera clase de la Marina Mercante

Oficial radioelectrónico de segunda clase de la Marina Mercante

Práctico de Puertos

Químico

Sector cultural

Maestro

Profesor de Educación Secundaria

Profesor de Enseñanzas de Arte Dramático conducentes a la obtención de Título oficial

Profesor de Enseñanzas de Artes Plásticas y Diseño conducentes a la obtención de Título oficial

Profesor de Enseñanzas de Danza conducentes a la obtención de Título oficial

Profesor de Enseñanzas de Música conducentes a la obtención de Título oficial

Profesor de Universidad

Sector varios

Diplomado en Trabajo Social

Profesiones del Anexo IV del Real Decreto 1396/1995, de 4 de agosto, por el que se regula un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los demás Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y se

complementa lo establecido en el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre Sector de actividades subacuáticas

Buceador instructor

Buceador de primera clase

Buceador de segunda clase

Buceador de segunda clase restringido

Monitor de iniciación al buceo

Sector de aviación civil

Técnico de mantenimiento de aeronaves

Tripulante de cabina de pasajeros

Sector de la construcción

Decorador

Delineante

Sector económico-administrativo

Agente y Comisionista de Aduanas

Perito mercantil

Sector educativo

Educador infantil

Sector industrial

Artillero-barrenista

Instalador de aparatos a presión

Instalador de calefacción y climatización

Instalador-montador electricista

Instalador de fontanería

Instalador frigorífico

Instalador de gas

Instalador nuclear y radiactivo

Instalador de sistemas fotovoltaicos a la red de baja tensión

Sector de la Marina Mercante

Contramaestre electricista

Electricista naval mayor

Electricista naval de primera clase

Electricista naval de segunda clase

Marinero

Marinero cocinero

Marinero electricista

Marinero mecánico

Mecánico mayor naval del sector de la Marina Mercante

Mecánico naval del sector de la Marina Mercante

Mecánico naval mayor del sector de la Marina Mercante

Mecánico naval de primera clase del sector de la Marina Mercante

Mecánico naval de segunda clase del sector de la Marina Mercante

Motorista naval

Operador de muelles o terminales de mercancías peligrosas

Patrón de altura del sector de la Marina Mercante

Patrón de cabotaje del sector de la Marina Mercante

Patrón mayor de cabotaje del sector de la Marina Mercante

Patrón de litoral del sector de la Marina Mercante

Patrón de tráfico interior

Radiotelefonista naval

Radiotelefonista naval restringido

La tres posibilidades en que se manifiesta la responsabilidad civil en general se encuadran en la contractual definida en el artículo 1101 del Código Civil, consecuencia de un incumplimiento de una obligación previamente constituida, la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, y la responsabilidad civil derivada del delito, originada por un acto delictivo tipificado en la Ley Penal y regida por los artículos 1902 del Código civil y artículos 19 al 22 y 101 al 111 del Código Penal.

Las tres clases de responsabilidad civil, responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora, constituyendo por lo tanto una sola institución jurídica y unos requisitos sustantivos iguales. Por lo tanto la diferenciación entre un tipo de responsabilidad civil y otro vendrá dado por las circunstancias, relaciones jurídicas o de hecho, obligaciones entre ambos y el carácter con el que cada sujeto ejerza dichas obligaciones, entre el responsable civil y al perjudicado, las cuales harán variar en un sentido u otro las especialidades de esos requisitos comunes de la responsabilidad civil, siendo éstos: a) la acción u omisión

Sector de la Pesca Marítima

Marinero de pesca

Mecánico de litoral

Mecánico mayor naval del sector de la Pesca Marítima

Mecánico naval del sector de la Pesca Marítima

Mecánico naval mayor del sector de la Pesca Marítima

Mecánico naval de primera clase del sector de la Pesca Marítima

Mecánico naval de segunda clase del sector de la Pesca Marítima

Patrón costero polivalente

Patrón de litoral del sector de la Pesca Marítima

Patrón local de pesca

Patrón de pesca local

Patrón de segunda clase de pesca de litoral

Sector sanitario

Auxiliar de enfermería

Higienista dental

Protésico dental

Técnico especialista en anatomía patológica-citología

Técnico especialista en dietética y nutrición

Técnico especialista de laboratorio

Técnico especialista de medicina nuclear

Técnico especialista de radiodiagnóstico

Técnico especialista en radioterapia

Técnico especialista en salud ambiental

Técnico superior en ortoprotésica

Técnico superior en audioprotésis

Sector de seguridad vial

Director de Escuela de conductores

Profesor de formación vial

Sector turístico

Guía de turismo-Guía intérprete de turismo

Sector de actividades generales

Técnico Superior en prevención de riesgos profesionales

Sector agroalimentario

Técnico Especialista en Vitivinicultura

Técnico en Elaboración de Vinos



antijurídica, que podrá ser el incumplimiento de un contrato o la violación de una conducta preestablecida; b) el daño material o moral; c) la relación de causalidad<sup>22</sup>.

## 2. Fuentes de riesgos de responsabilidad civil profesional

Los tres grandes ejes sobre los que gira la responsabilidad de los profesionales son:

- A) La responsabilidad civil contractual.
- B) La responsabilidad civil extracontractual.
- C) Y la responsabilidad civil "ex delicto".

También son estas las principales fuentes de posible responsabilidad en las sociedades profesionales que, a pesar de las distintas alternativas de su configuración societaria, siempre tienen como denominador común la estructura de empresa formada por un cúmulo de activos materiales, inmateriales y personales, que se aglutinan en una misma unidad, o persona jurídica, que naturalmente va a favorecer la compleja prestación de los servicios profesionales.

La necesidad de unificar los recursos y las acciones de la empresa, justifica el trato que la misma tiene de persona jurídica cuyo ámbito de responsabilidad no se circunscribe a las anteriormente mencionadas fuentes, sino que abarca también las obligaciones legales en su más amplia acepción, como un conjunto de derechos y obligaciones sometido a tratamiento jurídico unitario, sea desde el punto de vista de derecho subjetivo (la empresa es una unidad jurídica en los negocios en que aparece como objeto), sea desde el punto de vista de derecho objetivo (normas de protección de la empresa como unidad jurídica).

Por ello también las sociedades profesionales requieren de la aplicación de los principios y procedimientos del llamado "compliance" o "cumplimiento", que tiene como objetivo principal implementar los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo en sentido amplio.

El Comité de Basilea definió de esta manera a la función de compliance: "Una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras, o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos "leyes, reglas y estándares")<sup>23</sup>. Las sociedades profesionales con su comportamiento o infracción de determinadas actuaciones o actividades pueden ocasionar pérdidas por incumplimiento de obligaciones. Por tanto, se hace necesario delimitar las responsabilidades, procesos de actuación y sistemas de control y detección de errores en la organización.

El objetivo que se pretende es enmarcar el concepto de la gestión del riesgo jurídico, sus características diferenciadoras de cara a gestionarlo para, al final, ligar qué aspectos del riesgo jurídico están, en principio, directamente ligados a la función de "compliance".

El aumento de la complejidad de las organizaciones y el también más numeroso entorno regulatorio, hace especialmente importante que las sociedades profesionales gestionen

<sup>22</sup> Tanto en la responsabilidad contractual derivada del art. 1101 CC como en la extracontractual regulada en el art. 1902 CC se requiere la existencia acreditada de una conducta activa u omisiva de carácter negligente, la producción de un resultado dañoso y la relación entre ambos de causa a efecto, es decir, nexo causal entre la acción culpable y el daño acaecido.

<sup>23</sup> Véase al respecto. <http://www.int-comp.org/doc.asp?doc=7322&CAT=994>

y controlen el cumplimiento de normas internas y externas para evitar la imposición de sanciones económicas y, lo que es más relevante, preservar la reputación de las compañías por malas conductas empresariales o por los propios incumplimientos de la normativa.

Las organizaciones precisan desarrollar una robusta función de control de cumplimiento normativo que, junto a unas buenas prácticas de gobierno, controlen la actividad. Los conflictos de intereses, la utilización de información privilegiada, el riesgo de colaborar en el blanqueo de capitales, son aspectos concretos de esta función que, dada su evolución, precisa sistemas de control jurídico.

Una política de gestión del riesgo de responsabilidad de las sociedades profesionales debe permitir la identificación, análisis y evaluación de los riesgos de incumplimiento: siguiendo los componentes del modelo C.O.S.O.<sup>24</sup> esto incluye también evaluar el posible impacto de estos riesgos y a la vez en un enfoque de riesgos clasificarlos según su severidad y probabilidad de ocurrencia; pero también el control de dichos riesgos mediante las medidas de prevención y control y finalmente una correcta financiación de los mismos.

Mediante el "Enterprise Risk Management" (ERM) se puede identificar las actividades que podrían aumentar las posibilidades de que el riesgo se materialice, y a continuación reducir en lo que sea posible esas actividades; transferir, si fuera posible, parte del riesgo y aceptarlo, en el caso de que cualquier medida que se tome para eludirlo tenga una relación coste-beneficio no rentable para la empresa.

La Gerencia de riesgos como ciencia de identificar, analizar y responder a los factores de riesgo a lo largo de la vida de la empresa para el mejor cumplimiento de sus objetivos, es un área clave para las empresas, que afecta a sus resultados, solvencia y posición en el mercado; y requiere un esfuerzo de adaptación constante para dar respuesta a los cambios en la demanda, la presión competitiva y los ciclos económicos.

España avanzó en esta materia habiéndose publicado normas siguiendo la recomendación de organismos supranacionales o adaptando buenas prácticas de otras jurisdicciones. Destacan las normas sobre Código Unificado de Buen Gobierno, protección de datos, blanqueo de capitales, las NIC, la normalización de formatos electrónicos y la aportación de datos financieros o el Nuevo Acuerdo de Capital Basilea II.

Las sociedades profesionales tienen por delante un gran reto: implantar en su estructura estas complejas normas que afectan a todos sus departamentos internos y que les obligan a revisar, planificar, auditar y controlar periódicamente sus procesos de prestación de servicios profesionales<sup>25</sup>. De ahí que las sociedades profesionales —como cualquier empresa— tengan

<sup>24</sup> Véase al respecto [http://www.coso.org/Publications/ERM/COSO\\_ERM\\_ExecutiveSummary.pdf](http://www.coso.org/Publications/ERM/COSO_ERM_ExecutiveSummary.pdf)

<sup>25</sup> Direcciones fundamentales en materia de Gerencia de Riesgos, ERM y Compliance

^ Risk and Insurance Management Society (RIMS)

<http://www.rims.org/Pages/Default.aspx>

^ Risk and Opportunity White Paper May 2008

[http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?country=global&webc=HRS/USA/2008/200805/RiskOpportunity\\_WP.pdf](http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?country=global&webc=HRS/USA/2008/200805/RiskOpportunity_WP.pdf)

^ PCAOB Auditing Standard No 5

[http://www.pcaob.org/Rules/Docket\\_021/2007-05-24\\_Release\\_No\\_2007-005.pdf](http://www.pcaob.org/Rules/Docket_021/2007-05-24_Release_No_2007-005.pdf)

^ NYSE Listing Standards Part 7d

<http://www.nyse.com/pdfs/finalcorpgovrules.pdf>

^ S&P Ratings – 1 Treasury & Risk Article 2 ERM for Financial Institutions 3 ERM FAQs



que estudiar, planificar e implantar estas normas para evitar la imposición de sanciones económicas, así como gestionar y proteger algo más importante, su riesgo reputacional.

Sobre estos grandes principios fundamentales enunciados (responsabilidad extracontractual, contractual, ex delicto), pivota en gran medida el sistema general de responsabilidad civil en España, suponiendo el punto de retorno de la inmensa casuística de supuestos especiales de responsabilidad civil que se producen día a día en nuestro país.

En la responsabilidad civil contractual, la obligación de indemnizar nace de otra obligación, la de cumplir, que previamente fue incumplida totalmente o defectuosamente cumplida.

Responsabilidad Contractual, surge del incumplimiento, ya sea total o parcial, o bien del cumplimiento defectuoso o tardío una obligación anteriormente constituida: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquélla" (artículo 1.101 del Código Civil).

Así por efecto de la culpa contractual, el obligado responde del incumplimiento culposo por acción u omisión lesiva del derecho concedido al acreedor por una relación obligatoria preexistente.

La obligación de indemnizar en la responsabilidad civil extracontractual nace de la mera producción del hecho dañoso, cuando, sin mediar relación obligacional previa, se viola la conducta impuesta por el respeto debido al derecho ajeno y a la convivencia.

Responsabilidad extracontractual, referida a la obligaciones que se contraen sin convenio o de acto ilícito no penado por la Ley, que se recoge en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado" (artículo 1902 citado).

A su vez, la responsabilidad puede derivarse de actos ilícitos tipificados en la ley penal, que lleven aparejada la obligación de resarcimiento al perjudicado como consecuencia de la comisión del delito o falta, tal es el caso de la responsabilidad civil por ilícito penal.

Responsabilidad criminal o delictual, que lleva aparejada la responsabilidad civil accesoria (Artículos 1902 del Código civil, 116 al 122, y 125 del Código penal).

El artículo 1089 del Código Civil, al enumerar las fuentes de las obligaciones por las que una persona (deudor) adquiere el deber de realizar en favor de otra (acreedor) una determinada prestación, establece que las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

<http://www.treasuryandrisk.com/article-print.php?article=714>

[http://www.mgt.ncsu.edu/pdfs/erm/sp\\_erm\\_busdevbk.pdf](http://www.mgt.ncsu.edu/pdfs/erm/sp_erm_busdevbk.pdf)

[http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=HRS/USA/2008/200806/ERM\\_NonFinanFAQ.pdf](http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=HRS/USA/2008/200806/ERM_NonFinanFAQ.pdf)

<sup>^</sup> S&P ERM Announcement

<http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=HRS/USA/2008/200805/ERM4Corp.pdf>

<sup>^</sup> ERM Implementation Advice

<http://www.protiviti.it/downloads/PRO/pro-gb/ProtivitiBulletin6.pdf>

<sup>^</sup> Embedding Enterprise Risk Management

[http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=TILL/USA/2008/200805/CFO\\_Survey19.pdf](http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=TILL/USA/2008/200805/CFO_Survey19.pdf)

<sup>^</sup> The Chartered Enterprise Risk Analyst (CERA) Credential

<http://www.ceranalyst.org/>

La posibilidad de que el perjudicado pueda instar en primer lugar la acción penal contra el presunto causante del daño y, una vez agotada ésta (bien por archivo, sobreseimiento o absolución), instar a continuación la reclamación en la jurisdicción competente (civil, laboral o contencioso administrativa), supone un atractivo adicional nada despreciable para el acreedor perjudicado. Ello implica, en definitiva, algo así como la posibilidad de intentar acertar en la diana con dos dardos: el primero, el de la acción penal, de manera que si ésta resulta infructuosa, siempre le quedará al acreedor la segunda acción de responsabilidad civil, mediante la interposición de la demanda en el procedimiento que corresponda.

El abuso del ejercicio indiscriminado de acciones penales contra profesionales ha generado en los últimos tiempos auténticas patologías institucionales, en la medida en que muchos profesionales se han visto injustificadamente implicados como imputados, como consecuencia de una pura estrategia procesal. Ello ha provocado reacciones no menos patológicas, como por ejemplo, la llamada "medicina defensiva", es decir, actos profesionales en los que sus autores no desean asumir mayores riesgos a fin de no verse implicados en reclamaciones posteriores.

### 3. Marco jurídico en que se desarrolla la actividad del profesional liberal, especial consideración de la relación entre el Abogado y el cliente

Las relaciones que el profesional liberal mantiene con su cliente, pueden desarrollarse dentro de diversas figuras jurídicas, y es por ello que quizá de toda esa diversidad de relaciones, la que más controvertida es la cuestión de si las prestaciones realizadas por un profesional liberal a su cliente puede constituir el objeto de un arrendamiento de servicios o el de un contrato de mandato.

En el caso de las sociedades profesionales son estas quienes contratan con los clientes para llevar a cabo la prestación de sus servicios profesionales, precisamente ese encargo justifica la necesidad de asumir la responsabilidad por las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, actos que nacen a raíz del único contrato que se celebra con el cliente y que son de la sociedad profesional al ser la sociedad profesional la titular de la actividad. Pero, además de la responsabilidad societaria, la Ley impone una responsabilidad solidaria del profesional actuante, con independencia de que sea socio profesional o no de la sociedad.

El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de "arrendamiento", como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y que en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un proceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar esta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente, constituidas en este caso por el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, y, en concreto, por los artículos 53, 54 y 102, citados anteriormente en la introducción de este trabajo.

Por tanto —como indicamos en el apartado anterior— la responsabilidad contractual entre el Abogado y su cliente es, en la mayoría de los casos, un contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 del Código Civil. Todas las normas legales que afectan al ejercicio de la profesión de Abogado configuran un marco normativo en el que el Abogado compromete

su actuación para con la parte por él defendida, ajustada a los términos de la relación contractual que entre ellos existe, y al cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto y realizando, en suma, de una forma diligente las actividades que le imponga el asunto sometido a su consideración; obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la exigencia de responsabilidad<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia de 17 Oct. 2005, rec. 378/2005, Ponente: González Floriano, Antonio María. Nº de sentencia: 381/2005 Nº de recurso: 378/2005 declaró "El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 12 de Diciembre de 2003, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal de fechas 23 de Mayo de 2001 y 30 de Diciembre de 2002, ha declarado que en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o "locatio operarum" en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil (...) "contrato de servicios", en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su "lex artis", sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, —"locatio operis"— el éxito de la pretensión; y en cuanto a los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del Abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, —se repite una vez más— como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; "ad exemplum": informar de "pros y contras", riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al Abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del artículo 1.214 en relación con el 1.183 del Código Civil" a sensu" excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del Abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención. Señala, asimismo, el Alto Tribunal que la obligación del Abogado de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del Letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la

Finalmente hemos de hacer referencia a la necesaria ausencia de la relación de dependencia entre profesional y cliente, dado que la relación de dependencia en la relación laboral es la nota característica del contrato de trabajo, sin embargo la relación entre profesional con su cliente, carece de esa nota de dependencia lo que hace imposible encuadrar la relación del profesional dentro de un contrato de trabajo de carácter laboral.

#### 4. Responsabilidad civil de la sociedad profesional ante terceros por actos del profesional y de sus empleados y dependientes

La Responsabilidad civil de la sociedad profesional ante terceros por actos del profesional se puede producir o bien subsidiariamente "por delitos o faltas en que hubiese incurrido sus ... empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios" (Artículo 120 del Código penal), o bien de forma directa "respecto de los perjuicios causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones (Artículo 1903 del Código civil).

El Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre (BOE del 18 siguiente), por el que se regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos, supone el cierre de un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual del Abogado con el despacho de Abogados en y para el que presta su actividad profesional y sobre el consiguiente régimen jurídico aplicable a ese contrato y, de reflejo, sobre su sometimiento al Régimen General de Seguridad Social<sup>27</sup>.

Hemos de tener en cuenta que el profesional liberal en infinidad de ocasiones está contratado laboralmente como personal titulado, con lo que dicho profesional mantiene una relación laboral con la empresa que le ha contratado<sup>28</sup>. Sin embargo, el hecho de que exista efectivamente una relación laboral, no menoscaba la independencia del profesional liberal a la hora de realizar su cometido, por ejemplo el médico contratado laboralmente por un hospital, tendrá una relación laboral con la empresa que le ha contratado, sin embargo cuando realice su trabajo, será totalmente independiente para aplicar sus conocimientos a la cura de un paciente. Por lo tanto y aun actuando el profesional liberal en relación laboral, seguirá gozando de independencia para desarrollar su trabajo.

Desde el punto de vista del tratamiento asegurador de los profesionales dependientes de una empresa, destacamos muy brevemente las siguientes posibilidades:

A) Existiendo una póliza de responsabilidad civil de explotación de la empresa, el profesional dependiente de la misma quedará amparado bajo la protección de su cobertura, en la medida en que estén cubiertos los daños y perjuicios causados por los empleados y dependientes a terceros. Es decir, el profesional tendría la consideración de asegurado, salvo que se excluyera de la cobertura de la póliza de seguro expresamente.

correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador".

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos Diario La Ley Nº 6605, Año XXVII, 5 Dic. 2006.

<sup>28</sup> PUEBLA PINILLA, ANA MARIA DE LA, La nueva relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos Relaciones Laborales Revista N.º: 4, Quincena del 23 Feb. al 8 Mar. 2006. Sección: Legislación, págs: 851 a 870N.º de Págs.: 20, Tomo: 1

En este caso el asegurador no podrá ejercer la acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley de Contrato de seguro contra el profesional empleado de la empresa, dado su carácter de asegurado. Únicamente podrá intentar la vía de regreso contra el profesional empleado de la empresa, en caso de que éste hubiere obrado con dolo, de acuerdo con el artículo 76 de la referida Ley.

B) En otras ocasiones se asegura a los profesionales dependientes de la empresa “en exceso o en defecto de otras pólizas de responsabilidad civil”.

Ello quiere decir que la póliza de la sociedad profesional entraría a funcionar o bien de no tener el profesional su propia póliza de responsabilidad civil o bien en el tramo superior en cuantía a la cobertura de la póliza personal de que disponga el profesional.

Esta cobertura se utiliza mucho en el aseguramiento de la responsabilidad civil de Administraciones Públicas en las que existen determinados colectivos profesionales (como por ejemplo los médicos), que dependen de un Servicio concreto (como por ejemplo el Servicio Público de Salud).

C) Finalmente, puede ocurrir que la póliza de responsabilidad civil de la empresa excluya expresamente la cobertura de los daños y perjuicios causados por los profesionales que dependen laboralmente de la empresa asegurada. En este caso el profesional se vería desprovisto del aseguramiento, debiendo responder él personalmente o bien su asegurador particular, si lo tuviere.

La Responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador se puede producir o bien subsidiariamente “por delitos o faltas en que hubiese incurrido sus ... empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios” (artículo 120, 2º, en relación con el 212, 120, 3º al 5º y 121 del Código Penal), o bien de forma directa “respecto de los perjuicios causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”, conforme al artículo 1903, párrafo cuarto, en relación con los artículos 1902 y 1904 del código civil.

Desde el punto de vista de la necesidad legal de aseguramiento de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales, parece preciso que el mismo se lleve a cabo, no solamente para los profesionales que prestan en la sociedad sus servicios, sino también para cubrir la responsabilidad civil respecto de las reclamaciones hechas contra la sociedad profesional, siempre que tengan su origen tanto en un error profesional cometido por uno de sus profesionales asegurados, así como por los errores u omisiones que puedan haber cometido los empleados y dependientes de la sociedad profesional, que no tengan la condición de profesionales asegurados en la póliza de seguro, en el ejercicio de su función u oficio. Pensemos en el personal administrativo que cometa un error u omisión en el desempeño de su trabajo, con consecuencias significativas, tales como, por ejemplo en un Despacho de Abogados, la citación errónea de un cliente para comparecer en un juicio, testigos de parte que no son avisados adecuadamente de su comparecencia en el Juzgado, peritos que no actúan en el juicio por pasividad o errores en la información trasladada por empleados administrativos de la sociedad colectiva. Debemos señalar que no existe relación de dependencia laboral entre los profesionales de la sociedad colectiva y el personal administrativo, puesto que tal relación laboral está constituida entre la sociedad profesional y sus empleados administrativos, lo cual hace que de las actuaciones de tales empleados deba responder la sociedad profesional, en base a el artículo 1903 y concordantes del código civil, pero nunca los profesionales, pues no

existe vínculo jurídico de dependencia laboral entre los dichos y los empleados de la sociedad profesional que llevan a cabo otras labores distintas a las del ejercicio de la profesión.

En el ámbito civil, la responsabilidad impuesta por el artículo 1.903, 4º, del Código Civil al empresario es directa, ya que se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores en la vigilancia de sus actos; culpa de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la atribuida por el artículo 1.902 del Código Civil al autor material por razón o en base a haber dañado “in operando”; referible, la aquí exigida, a los actos u omisiones de aquéllos, esto es, de todas las personas, de quienes se deba responder, y a salvo lo dispuesto en el párrafo final, del artículo 1.903 y en el 1.904 del Código Civil.

En el ámbito penal la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración, que la responsabilidad civil subsidiaria que regulan los vigentes artículos 120 y 121 del Código Penal, como un supuesto de responsabilidad que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por dicha Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya arcaica y desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del Código Penal de 1.870, enteramente rebasada por las realidades sociales actuales, tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal.

#### A) Fundamento

##### a) Civil

La responsabilidad impuesta por el artículo 1.903, 4º, del Código Civil al empresario es directa, ya que se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores en la vigilancia de sus actos; culpa de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la atribuida por el artículo 1.902 del Código Civil al autor material por razón o en base a haber dañado “in operando”; referible, la aquí exigida, a los actos u omisiones de aquéllos, esto es, de todas las personas, de quienes se deba responder, y a salvo lo dispuesto en el párrafo final, del artículo 1.903 y en el 1.904 del Código Civil.

##### b) Penal

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración, entre otras en Sentencias de 26 de junio de 1972, 21 de abril de 1975, 4 de junio de 1979 y 18 de junio de 1985, que la responsabilidad civil subsidiaria que regulan los vigentes artículos 120 y 121 (artículo 22 derogado) del Código Penal, como un supuesto de responsabilidad que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene benefi-

cios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por dicha Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya arcaica y desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del Código Penal de 1.870, enteramente rebasada por las realidades sociales actuales, tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal, por lo que el debatido problema del alcance y extensión del artículo 22 citado, aunque inicialmente orientado sobre relaciones directas de vínculos laborales o de dependencia análoga, la generalidad y amplitud de su texto, ha permitido a la doctrina científica y jurisprudencial poder aceptar, para ciertos casos y dentro de límites racionalmente ponderados, una responsabilidad más amplia en materia de reparación patrimonial, favoreciendo la apertura descrita de un reflexivo objetivismo asentado en la idea de riesgo.

#### B) Requisitos

##### a) En el proceso civil

A tenor del artículo 1.903 del Código Civil, la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, teniendo como fundamento esta responsabilidad una presunción de culpa "in eligendo" o "in vigilando", o incluso en la creación de un riesgo, y requiriendo para que se produzca, como presupuesto inexcusable, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las circunstancias concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad.

Pero para que juegue la responsabilidad del citado artículo 1.903 del Código Civil, es preciso la declaración previa de responsabilidad conforme al artículo 1.902 (STS, Sala 1ª., 22 de febrero de 1978), que sigue siendo una responsabilidad culposa, aunque con "una moderada recepción... de la responsabilidad objetiva" a través de la inversión de la carga de la prueba y del grado de diligencia exigido para la exoneración (STS, Sala 1ª., 10 de mayo de 1982, cuya doctrina reitera STS, Sala 1ª., 30 de mayo de 1985). Pero en todo caso, "la culpa exclusiva de la víctima exime de responsabilidad" (STS, Sala 1ª., 31 de mayo de 1983 y de 27 de mayo de 1986); "excluida la actuación culposa del trabajador, queda excluida la responsabilidad de su empresario" (STS, Sala 1ª., 9 de julio de 1984). Lesiones sufridas por un menor como consecuencia del puñetazo que le propinó un compañero en el aula del centro educativo. Responsabilidad "in educando" de la madre. Cabe también la concurrencia de culpas, como en el caso de la producida entre los titulares del centro y los padres del menor en el caso de haber contribuido éstos negligentemente, en alguna medida, a la producción del daño<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 30 Nov. 2007, rec. 5837/2007 en la que tal circunstancia se produce no sólo si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lle-

##### b) En el proceso penal

En relación con el artículo 22 del Código Penal, hoy derogado<sup>30</sup>, el Tribunal Supremo tiene declarado (STS, Sala 2ª 18 junio de 1985):

a) No ser necesario que la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario tenga carácter jurídico.

b) Que aún revisiéndola, no es preciso que adopte determinada forma o naturaleza contractual típica.

c) Es irrelevante que la relación intersubjetiva sea gratuita o remunerada, permanente o meramente accidental y transitoria.

d) No es necesario que la actividad del inculpaado directo redunde en provecho o beneficio del responsable civil subsidiario, ni que sea valorable económicamente, pudiendo consistir en cualquier utilidad, ventaja, satisfacción o goce moral.

e) Que basta con que la actuación o actividad del culpable directo esté al menos potencialmente sometida o dirigida a la posible intervención del segundo, para generar la responsabilidad civil subsidiaria.

Así pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta entre otras en la sentencia de fecha 28-4-2004, que literalmente expone: "Y otra sentencia de este mismo tribunal, más reciente, la núm. 1096/2003 de 22 de julio EDJ 2003/92831, dice así: "La Jurisprudencia de esta Sala, a propósito de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 22 del Código Penal derogado EDL 1973/1704, cuya doctrina debe mantenerse vigente, ha expuesto que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio cuius commoda, eius est incommoda), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) Existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional.

b) Que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (S.S.T.S., entre muchas, 2422/01 EDJ 2001/56029 o 1033 EDJ 2002/20181 y 1185/02 EDJ 2002/26543)".

En este mismo sentido se pronuncian otras sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26.3.97 EDJ 1997/1778, 14.3.2003 EDJ 2003/4267 y 28.3.2003 EDJ 2003/6647".

Mas significativa si cabe, es la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23-9-2005 que señala lo siguiente: "Sin negar que entre la empresa recurrente y el agente comisor de los

ven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después causan daño a otros menores, sino también cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación imputable a los padres. A la vista de la gravedad de las lesiones inferidas —pérdida de dos piezas dentarias y otras heridas en incisivos y encías—, se estima que la agresión es el reflejo de la incorrecta educación recibida en casa por el causante de las mismas.

<sup>30</sup> De acuerdo con los artículos 120 y 121 del vigente Código penal.

delitos existía una relación laboral, admitiéndose así que se cumple el primer requisito exigido en el indicado precepto, lo que se discute es que se cumpla el segundo de ellos, es decir, que el empleado o dependiente cometiera los delitos por los que ha sido condenado “en el desempeño de sus obligaciones o servicios”. Todos los argumentos vertidos en el largo escrito de formalización, tratan de demostrar que las acciones delictivas lo fueron al margen de esas obligaciones laborales, no siendo lo mismo, según su tesis, que lo fueron con motivo de ellos, según se indica en la sentencia de instancia EDJ 2004/21151<sup>31</sup>.

Es cierto que la jurisprudencia, al interpretar tanto el artículo 22 del Código de 1973 como el 120.4 del vigente, ha evolucionado de forma progresiva hacia un criterio de interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria en la que se pone de manifiesto cierto abandono de los principios de << culpa “in vigilando” >> o << in >> eligendo” para dar paso o acercarse a la idea de la responsabilidad objetiva, basada en la doctrina de la creación del riesgo y de aquella otra que establece que quien tiene los beneficios de ciertas actividades debe asumir los daños y perjuicios de las mismas. Sin embargo, por muy avanzada que haya sido esa evolución doctrinal y jurisprudencial, siempre se deberá dar el requisito de que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la órbita o relación de servicios que comprende su función laboral y ello aunque no deba quedar exonerada de esa responsabilidad las simples extralimitaciones o variaciones en el ejercicio del servicio encomendado.

#### C) Prueba de la culpa

La responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual descansa en un principio culpabilístico y en base a ello una presunción “iuris tantum” de culpa imputable al autor de los daños, siendo este autor quien, por inversión de la carga de la prueba es el llamado a producirla, si quiere exonerarse de culpabilidad<sup>32</sup>.

Dicho principio ha dado lugar en muchos casos a apreciar judicialmente responsabilidad cuando, aún adoptadas medidas de seguridad para evitar el daño, éste ocurrió, estimando el juzgador que faltaba algo por prevenir no hallándose completa la diligencia. Esta doctrina se aplica en especial a accidentes de circulación, habiéndose llegado (STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 1986) a apreciar responsabilidad incluso cuando las prescripciones reglamentarias sobre seguridad se cumplían o aunque no fueran reglamentariamente exigibles, pero si eran aconsejables ante la peligrosidad del medio, como ocurrió en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de marzo de 1981 y 9 de mayo de 1986.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece un desplazamiento de la carga de la prueba en determinados casos de prestación de servicios, tal y como veremos más adelante, conforme a los artículos 147 y ss del Texto Refundido referenciado.

<sup>31</sup> De acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de 23 Jul. 2007, rec. 325/2006, en el ámbito penal la imprudencia del trabajador no juega excepcionalmente como factor de moderación en al ámbito laboral por razones tuitivas.

<sup>32</sup> STS, Sala 1ª, de julio de 1988 y 19 de octubre de 1988.

#### D) Inexistencia de responsabilidad

Cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 de Código Civil, puesto que, por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometidos a su vigilancia y dirección (S TS Sala 1ª, 9 julio de 1984)<sup>33</sup>.

A efectos del artículo 1.903, 4ª del Código Civil, no se da relación de dependencia entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna; pues, como afirma la jurisprudencia, ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titulado (STS, Sala 1ª 7 de octubre de 1983 y 10 de mayo de 1986).

#### E) Causas de exoneración

El responsable subsidiario solamente se exonera cuando en el acto del delito no haya rastro alguno que permita conectarlo con la relación de trabajo (STS, Sala 1ª, de 11 de junio de 1971).

La simple desobediencia no es exonerante, como tampoco lo es lo ejecutado “contra prohibición expresa” (STS, Sala 1ª, de 28 de junio de 1983).

La exoneración requiere que concurren por un lado la prohibición expresa del “dominus” y por otro la desobediencia se extralimite del ámbito o esfera de actuación del dependiente, quedando sus actos fuera del círculo, órbita o ámbito de sus obligaciones o servicios (STS, Sala 1ª, de 28 de junio de 1983, 26 de enero de 1984, 18 de octubre de 1984 y 18 de marzo de 1986).

La extralimitación laboral no exonera cuando constituye delito, ya que en éste caso se identifican actividad laboral y delictiva (STS 15 de noviembre de 1978); en consecuencia, la extralimitación del trabajador no exonera al empresario en cuanto rebasa el uso ligeramente irregular o indebido de los medios o instrumentos que el empresario pone a disposición de éste (STS 30 de junio de 1979).

<sup>33</sup> Véase la Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 22 Feb. 2008, rec. 36/2008 en la que se declara la exoneración de responsabilidad de la promotora o dueña de la obra, por los actos que provocaron los daños en el automóvil de la demandante, al constar acreditado que se había limitado a contratar los trabajos a una empresa especializada y autónoma, sin constancia de relación de jerarquía o dependencia de la que deriva culpa in eligendo o in vigilando. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de 23 Jul. 2007, rec. 325/2006, en la que se denegó de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el suicidio de un capitán del Cuerpo de Infantería de Marina que había participado en misiones en Bosnia, Serbia e Irak. Inexistencia de relación causal, mediata o indirecta, entre el funcionamiento de los servicios públicos y el perjuicio ocasionado. El fallecimiento se debió a un acto voluntario y libre del fallecido sin intervención o afectación alguna del funcionamiento de los servicios públicos. Imposibilidad de imputar ninguna “culpa in vigilando” a los superiores del fallecido, por no haber advertido las intenciones de quitarse la vida, al no presumirse en su actuar que se encontraría en tal estado de depresión que debería haber estado de baja para el servicio.



## 5. Responsabilidad de los administradores de la sociedad profesional

Esta es otra fuente de responsabilidad civil a tener en cuenta en las sociedades profesionales, sin embargo la Ley de sociedades profesionales no establece nada respecto de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad profesional, de donde se deduce que la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil no alcanza a los administradores de la sociedad profesional.

La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades profesionales de capital —tanto la anónima como la limitada— encuentra su fundamento jurídico en lo previsto como norma general en el artículo 133 y concordantes de la Ley de sociedades anónimas y de forma particular en el artículo 262.5 en relación con los artículos 260.4 y 262.4 de la mencionada norma. En este segundo caso se establece para los supuestos de descapitalización o infracapitalización de la sociedad que procederá la disolución de la Sociedad a consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente. Conviene recordar que tal norma afronta la cuestión, como ha destacado la doctrina mercantilista, del fenómeno de descapitalización sobre la estabilidad de la sociedad mercantil, entendiéndose como tal una situación de gran empobrecimiento de la sociedad y, en otras palabras, situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad. Ante tal situación, la omisión de los administradores de convocar la junta general para disolverla, genera una responsabilidad durísima para los mismos, que llega a la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. La dicción literal del apartado 5.º) del artículo 262 de la LSA establece que los administradores responderán de las obligaciones sociales, al emplear el término de obligaciones se significa que se abarca el ámbito posible, incluyendo no sólo las deudas de carácter negocial que pueda ostentar el acreedor, sino aquellas que nazcan de la Ley, de un ilícito o de un cuasi contrato.

El profesional puede incurrir en responsabilidad como administrador de una sociedad en dos posibles escenarios. En prime lugar por su actuación como miembro del órgano de administración y representación de la sociedad profesional y en segundo lugar por su actuación como miembro de un órgano de administración y representación de otra sociedad distinta de la profesional. Pensemos en esta segunda hipótesis, por ejemplo, el caso del profesional que tiene poderes de representación de la sociedad distinta de la profesional, siendo también su administrador único o miembro del Consejo de Administración, es decir, un profesional que es al mismo tiempo administrador la sociedad del cliente para el que también presta sus servicios profesionales en la doble condición de profesional y de administrador de la sociedad.

Resulta habitual encontrar en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional la exclusión de las reclamaciones *derivadas de la actividad del asegurado como director, consejero o ejecutivo de empresas privadas, asociaciones o clubs, o como síndico o administrador de empresas, salvo los casos previstos en la ley concursal 22/2003 de 9 de julio*. Cuando existe una cláusula de estas características parece que la intención de las partes de aquel contrato de seguro es la excluir la cobertura de la póliza para actuaciones, entre otras, de los órganos de administración y representación de las sociedades mercantiles, ya que el mercado asegurador tiene un producto específico para cubrir tales riesgos, como es la póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades mercantiles, conocidas como pólizas de D & O.

El denominado “Directors and Officers Liability Insurance” tuvo un gran desarrollo a partir de la década de los setenta en los Estados Unidos, y es aún en esta nación, donde la demanda de este tipo de seguros es mayor.

El seguro tiene por objeto garantizar las consecuencias económicas derivadas de hechos y acciones realizadas por los administradores y altos cargos de la empresa asegurados en el ejercicio de sus funciones. En el mismo se cubren las reclamaciones que sean consecuencia de la infracción involuntaria de disposiciones legales o estatutarias y falta profesional, considerando como tal el error de hecho o de derecho, negligencia, omisión o declaración inexacta; y en general, cualquier acto culposo o negligente cometido por sus Asegurados en el desarrollo de su actividad como Consejeros o altos cargos de la sociedad.

La exclusión tiene sentido y coherencia respecto de la actuación del profesional asegurado en un contrato de seguro responsabilidad civil de la sociedad profesional, como miembro del órgano de administración y representación de la misma, ya que existe en el mercado asegurador un producto específicamente diseñado para esta cobertura, tal y como ya hemos señalado. Si, analizado el riesgo de esta responsabilidad civil de los administradores de la sociedad profesional, se considera que es relevante e interesa su aseguramiento, siempre se podrá suscribir una póliza de seguro específica de las denominadas Directors and Officers Liability Insurance”, existiendo en el mercado español suficiente oferta al efecto.

Donde encontramos un verdadero problema es en los casos en los que la actuación del profesional asegurado preste sus servicios profesionales en la condición de profesional y de administrador de la sociedad, si quedar suficientemente diferenciada la línea divisoria entre ambas actuaciones.

Los órganos de administración propiamente dichos en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pueden ir desde la figura del Administrador único, pasando por la de varios Administradores que actúen individualmente (Administradores solidarios o bien dos Administradores que actúen conjuntamente, hasta llegar al Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres miembros (Consejo de Administración, Comisión ejecutiva y Consejeros Delegados).

Los principios generales del régimen legal de responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima son de aplicación para los indicados órganos de administración propiamente dichos, debiendo aplicarse también para los cargos de Consejero Delegado, Director General (asimilable al factor mercantil con apoderamiento general), Presidente y Secretario del Consejo de Administración, Administrador de hecho y Letrado Asesor (siempre y cuando éste sea Consejero, pues de no serlo, deberá responder exclusivamente por la responsabilidad civil profesional que le compete).

Una de las características de esta responsabilidad es su carácter directo. A partir de la entrada en vigor en el mes de enero de 1990 de la Ley de Sociedades Anónimas, se han potenciado en España los riesgos de responsabilidad de la llamada “alta dirección” de la empresa, al introducir novedades que dotan a los posibles reclamantes, de un medio de reclamación por los daños y perjuicios que puedan sufrir por la actuación de la alta dirección.

Así, los Administradores de la Sociedad deberán responder por cuantos actos cometan:

1.- Contra la ley, entendida esta en sentido general, es decir, como cualquier norma jurídica vigente al momento de realizarse el acto que origine la responsabilidad.

2.- Contra los estatutos de la Sociedad donde los Administradores lleven a cabo sus funciones. La trasgresión de lo dispuesto en los estatutos sociales dará lugar a una potencial res-

ponsabilidad de los Administradores, que deberá apreciarse ponderadamente por el juzgador en cada caso, teniendo en cuenta la trascendencia y gravedad de la infracción. Téngase en cuenta que los estatutos no son un contrato y que no pueden confundirse con el contrato de sociedad. Mientras que el contrato es el germen de la sociedad, los estatutos son la norma de la vida de la sociedad nacida y en funciones. Los estatutos regulan directamente la vida interna de la sociedad como persona jurídica independiente e indirectamente también afectan a las relaciones con terceros, al delimitar la eficacia de los actos de los órganos a quienes incumbe la representación de la sociedad.

3.- Sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo

Los Administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, guardando secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones<sup>34</sup>. Los Administradores no deben limitarse al cumplimiento estricto o mínimo de la Ley y de los Estatutos sociales, sino que además deben sazonar su actividad con la “buena práctica profesional” que de ellos se espera. Sus obligaciones, no terminan en las enunciadas en la ley y los estatutos, que tienen el carácter de mínimas, aunque no necesariamente suficientes para exonerar su responsabilidad. En consecuencia los Administradores no deben incurrir en las denominadas “faltas de gestión” o mala práctica profesional, estando obligados a desarrollar su labor, como ordenados empresarios, con la eficacia profesional que de ellos se espera y como representantes leales, con fidelidad a los intereses legítimos de la Entidad. Por ejemplo, la demora en la presentación de la autoliquidación de un Impuesto que da lugar al recargo del impuesto se puede considerar como falta de diligencia concurriendo los requisitos de la responsabilidad de omisión, perjuicio económico y nexo de causalidad.

En el caso, por ejemplo, de la celebración de una escritura pública de declaración de desembolso de dividendo pasivo y aumento de capital, autorizadas ante Notario, en la que intervenga el asegurado, como Consejero Secretario del Consejo de administración de la mercantil para la que esté trabajando, si la escritura pública estuvo en posesión y bajo el control exclusivo del asegurado en todo momento, desde su puesta a disposición por parte de la Notaría, tras las firmas correspondientes, hasta la presentación en la oficina fiscal competente; y, finalmente, si se le hubiera pasado el plazo de la autoliquidación del impuesto correspondiente al asegurado, sin haber encargo de autoliquidación de los impuestos a terceros ajenos a las sociedades (gestores), ni tampoco a empleados o dependientes de la sociedad. ¿El error o la omisión imputada al asegurado, fue por una actuación más como miembro de los Consejos de Administración de las mercantiles o por el contrario cabe presumir que su actuación como Abogado de la mercantil?

No cabe duda que esta es una cuestión cuya resolución dependerá de la prueba que pueda practicarse en su momento. Sin embargo, parece a priori, que nos encontramos ante una actuación por omisión en el marco de la actividad del Órgano de administración y representación de la repetida mercantil. Sin embargo, tratándose de un tema probatorio, no puede descartarse que la otra interpretación, es decir, su intervención como Abogado, siempre que se desarrolle una prueba lo suficientemente contundente como para poder presumir esa conclusión. Hoy por hoy, reiteramos, esa prueba juega más a favor de la primera conclusión que de la segunda. La consecuencia lógica e todo ello es la exclusión de la cobertura de la póliza

<sup>34</sup> Estándar de comportamiento referido en el artículo 127 de la Ley de sociedades anónimas.

de responsabilidad civil si la actuación se califica como la de un administrador de la sociedad mercantil para la que está trabajando.

Las posteriores modificaciones de la Ley de sociedades anónimas no son relevantes para el caso que nos ocupan, especialmente en lo relativo a la descapitalización, infracapitalización e insolvencia de la sociedad.

Finalmente debemos recordar que estamos ante una responsabilidad de carácter solidario. Esa responsabilidad solidaria de los componentes de los órganos colegiados de administración deja en una posición bastante vulnerable al Abogado que, habiendo aceptado un encargo de carácter netamente profesional, termina formando parte de un órgano de administración de una mercantil que es su propio cliente. La carga de la prueba pesa sobre los Administradores para acreditar que estos se encuentran comprendidos en alguna causa de exoneración de responsabilidad. Se entiende todo ello sin perjuicio de la concurrencia de causa justificada de exoneración de responsabilidad en algún Administrador que acredite que no intervino en la adopción del acuerdo o la realización del acto, o que conociendo su existencia, se opuso haciendo todo lo necesario para evitar el daño.

Una vez cumplidos los requisitos del régimen legal de la responsabilidad de los administradores, deberán responder solidariamente aquellos que detentan facultades de administración, gestión o decisión, así como aquellos que tengan facultades de representación de la misma, claro está, siempre y cuando no se encuentren en alguna causa de exoneración de responsabilidad. En suma, los miembros del Consejo de Administración —en el que puede encontrarse el profesional asegurado— deberán responder solidariamente frente a las reclamaciones que les formulen los accionistas, la propia sociedad, los acreedores sociales y cualquier otro tercero que invoque el régimen legal de responsabilidad de los administradores, no estando cubierto este riesgo en la póliza de seguro objeto del presente análisis.

## 6. Requisito de la culpa en la responsabilidad civil profesional

Los socios profesionales de la Sociedad Profesional no son inversores pasivos, sino colaboradores activos obligados a prestar los servicios profesionales en la sociedad de forma diligente.

La responsabilidad civil profesional no está incardinada en la moderna teoría del riesgo y de la responsabilidad cuasiobjetiva.

La responsabilidad por riesgo es una modalidad de la responsabilidad civil extracontractual, en la que, para su nacimiento, no se requiere la existencia de culpa o negligencia en la actuación del responsable, sino que basta el uso de las cosas o la explotación mercantil o de actividades que generan un riesgo y cause daños a terceros. La responsabilidad civil cuasiobjetiva se entiende por aquella que estando garantizada por una póliza de responsabilidad civil.

Los Juzgados y Tribunales vienen exigiendo la concurrencia del requisito de la culpa en el comportamiento del profesional a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad<sup>35</sup>. A

<sup>35</sup> Véase al respecto DÍAZ VALES, F., La negligencia como factor de imputación de la responsabilidad contractual de abogados y procuradores: quince años de jurisprudencia Actualidad Civil (La Ley) Revista N.º: 38 Fecha de Publicación: Semana del 14 al 20 Oct. 2002 Sección: Doctrina Págs: 1213 a 1234. Tomo: 4 En este trabajo se aborda el tratamiento que ha otorgado la Sala Primera del Tribunal Supremo a la concurrencia de negligencia en la actuación de abogados y procuradores en los supuestos en que se



su vez, la doctrina coincide en este extremo a la hora de exigir la necesidad de concurrencia del requisito de la culpa del profesional, necesidad que introduce un elemento estabilizador en este tipo de reclamaciones.

El fundamento de tal exigencia estriba en que la obligación del profesional no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, de manera que el profesional debe obrar conforme al estado de la ciencia en ese momento cronológico y con la habilidad normal exigida en cada caso concreto, quedando al arbitrio del juzgador tal valoración a la vista de los antecedentes fácticos concurrentes en cada supuesto. Lo cual nos lleva a la necesidad de analizar el problema de las obligaciones de los profesionales, tanto desde el punto de vista general como particular, en la medida en que, la responsabilidad con culpa de los profesionales, normalmente, surge del previo incumplimiento de sus obligaciones.

Romeo Casabona señaló los principales puntos conflictivos desde la perspectiva de la responsabilidad civil profesional. En primer lugar el alcance jurídico de los deberes profesionales y de las consecuencias de su infracción, en atención al resultado eventualmente producido. Nótese la importancia del cumplimiento del deber de diagnóstico adecuado y del deber de información a los que nos referiremos más adelante. En segundo lugar la determinación de los límites del riesgo asumible en el desarrollo de la actividad profesional, es decir, del peligro que entraña la actividad en sí misma tanto para el cliente en concreto como para terceros o para la colectividad. Seguidamente el problema de la determinación del sujeto responsable le la conducta imprudente causante del daño. Y finalmente la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente que es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico y tecnológico, pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas<sup>36</sup>.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece el desplazamiento de la carga de la prueba en determinados casos de prestación de servicios. Entre otras normas, se incorpora la regulación sobre viajes combinados y la regulación sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, "norma de transposición de directiva comunitaria que incide en aspectos esenciales regulados en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que, como de manera unánime reconoce la doctrina y jurisprudencia requiere aclarar y armonizar sus respectivas regulaciones, al objeto de asegurar una adecuada integración entre ellas, superando aparentes antinomias", tal y como se explica en el texto del decreto.

Así, el artículo 147 del mencionado citado Real Decreto regula el régimen general de responsabilidad de los prestadores de servicios determinando que "serán responsables de

ha enfrentado con demandas de responsabilidad contractual contra estos profesionales. El Tribunal Supremo no ha mantenido una línea definida: de un lado, se ha mostrado reacio a apreciar la existencia de negligencia cuando ha enjuiciado el incumplimiento de la obligación global del letrado (disminuyendo en consecuencia el grado de diligencia exigible a éste en su actuación); de otro, cuando se ha enfrentado a supuestos de reclamación de responsabilidad basados en incumplimientos de abogados y procuradores de determinadas obligaciones parciales de resultado y de sus deberes accesorios, sí ha efectuado una recta valoración de la concurrencia de negligencia.

<sup>36</sup> ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, Negligencia y Riesgo, perspectivas, Diario La Ley, 1993, pág. 979, Tomo 4.

los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio". En suma, conforme a esta norma es el prestador de servicios quien debe acreditar que obró diligentemente para exonerar su responsabilidad.

El ámbito de aplicación de este principio que establece el régimen especial de responsabilidad queda circunscrito —de acuerdo con el artículo 148 del mencionado Texto Refundido— a "los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario".

Finalmente el ámbito material de aplicación del principio no alcanza a todos los servicios, sino solamente a determinados servicios: "En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los **servicios sanitarios**, los de reparación y mantenimiento de **electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas**, servicios de revisión, instalación o similares de **gas y electricidad** y los relativos a medios de **transporte**" (artículo 148 cont.). Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.

#### A) *Obligaciones generales del profesional*

A la hora de abordar cualquier posible reclamación de responsabilidad civil profesional, hay que plantear necesariamente la evaluación del comportamiento del profesional en el caso concreto de que se trate, centrando muy especialmente el estudio tanto en el análisis de las obligaciones generales del profesional, como en el de las obligaciones particulares que afectan a cada profesión de forma específica.

De las obligaciones profesionales resaltamos las que tienen carácter común a cualquier profesión u oficio. Entre ellas la de secreto profesional<sup>37</sup>, que implica no divulgar datos del cliente ni información sobre el asunto encomendado que se conozcan por razón de la profesión. A continuación el deber de información<sup>38</sup> que requiere que el profesional debe informar

<sup>37</sup> El profesional tiene el deber de respetar la intimidad y el secreto profesional, tal y como afirma ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA en ob. cit.: "El secreto profesional tiene cabida en la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos, tanto protegiendo al profesional mismo como dando lugar a responsabilidad civil y penal a los profesionales infractores de los secretos o intimidad de sus clientes. El deber de secreto o de sigilo se extiende también a los profesionales y trabajadores en relación con las actividades de su empresa, incluso —dentro de ciertos límites— cuando se han interrumpido las relaciones laborales entre ambas partes".

<sup>38</sup> Nos referimos al deber de diagnóstico adecuado e información al cliente. Al respecto, CARRETERO SÁNCHEZ, S. afirma acertadamente en "La Deontología del Abogado en el mundo de las sociedades profesionales: necesidad de reflexiones y propuestas de futuro" Diario La Ley Nº 6439, Año XXVII: "informar no es aconsejar y, desde luego, el consejo tiene que ser pedido. La información no entraña toma de posición por parte del Abogado, pero puede influir al cliente, claro está. Ahora que el asesoramiento del Abogado hoy en día es total, es cuestión deontológica de primer orden que puede entrañarle una responsabilidad. El Abogado puede contestar en abstracto por medio de dictamen requerido, pero nada

adecuadamente al cliente de los riesgos, pros y contras, que conlleva la actuación profesional, naturalmente este deber conlleva el cumplimiento previo de otra obligación básica que consiste en el deber de realizar el diagnóstico preciso adecuado al caso concreto, pues resulta imposible informar de la realidad del problema planteado si no se ha diagnosticado certeramente. Además de ello el profesional debe actuar en interés del cliente, es decir debe poner los intereses del cliente por encima de los suyos propios. Y finalmente su intervención profesional deberá ser acorde con la "lex artis ad hoc", lo cual implica, en primer lugar la adecuación del acto profesional a la técnica normal requerida, en segundo lugar la capacitación técnica suficiente del profesional y finalmente la adecuación del acto profesional al caso concreto.

En cualquier caso resultará preciso distinguir entre la obligación determinada o de resultado y la obligación de prudencia y diligencia. En la obligación determinada o de resultado el deudor contrae su responsabilidad si no alcanza el resultado de la propia obligación, presumiéndose la responsabilidad salvo cuando el obligado prueba que es un caso de fuerza mayor, por imposibilidad absoluta y objetiva de realizar la prestación. En la obligación de diligencia y prudencia nos encontramos ante una obligación de medios y una actuación conforme a la "lex artis" que implica el cumplimiento de unos estándares de diligencia adecuados al caso concreto.

En las normas de autorregulación de cada actividad profesional también encontramos fuentes de obligaciones de carácter general, más acordes con cada actividad ordenada por los respectivos Colegios Profesionales, básicamente, a través de la aprobación de sus Estatutos Generales, de los Estatutos de cada Colegio, y de sus normas internas, en particular, el Código Deontológico u otro tipo de Códigos como el referido a la Publicidad, todo ello sin perjuicio de la actividad disciplinaria colegial.

#### B) Obligaciones en particular de los profesionales de la Abogacía

Nos referimos a continuación a aquellas obligaciones que debe tener en cuenta el Abogado en el ámbito de su actuación. Téngase en cuenta que el común denominador de las obligaciones generales antes vistas, es, precisamente, que son perfectamente aplicables a cada profesión, constituyendo el punto de retorno de innumerables comportamientos profesionales.

Cada riesgo de responsabilidad civil profesional es distinto. Si bien es cierto que existen muchos elementos comunes a todas las profesiones, no lo es menos que, en materia de responsabilidad, cada profesión es un mundo distinto de otro.

le impide aconsejar. El cliente si el Abogado sólo informara no sabría el camino que debería seguir pues no lo podría discernir cuando existieren diversas posibilidades. El consejo del Abogado dirige la voluntad y encara el procedimiento para el cliente, de ahí su nexa como posible causa de daño si le siguió ese consejo. Es función que corresponde al Letrado (arts. 6.9, 30 del Estatuto y 1.1 y 3.12 y 2.2 y 13.10 del Código Deontológico de la Unión Europea). El consejo debe tener solidez jurídica, razonabilidad, comprensión para el cliente, y debe estar basado en una buena fe, que en el propio litigio resulta ser comprobable. En resumidas cuentas, mirar el bien del cliente de forma razonable y previsible; el consejo debe ser completo, y, a mi juicio, informando de las reacciones previsibles de la parte contraria; mas ello tampoco puede siquiera ser calificado de sanción leve: las reacciones de la defensa contraria son imprevisibles".

Naturalmente las diferencias vienen marcadas por la diversidad de servicios profesionales posibles. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Quién establece en cada caso el estándar de comportamiento denominado "lex artis ad hoc"?

El Estatuto de la Abogacía determina que el deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia<sup>39</sup>, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada.

El Estatuto de la Abogacía vigente establece obligaciones generales y particulares de los Abogados acordes con los códigos de conductas deontológicas que se espera de estos Profesionales e incluso con las normas consuetudinarias de actuación, que están comúnmente aceptadas en el ámbito de la actuación profesional, que en unos casos están escritas en manuales de actuación, publicaciones de opiniones científicas, manuales de calidad, etc... y en otros casos, sencillamente no están escritas, pero son conocidas y sabidas por el sector profesional en cuestión<sup>40</sup>.

Destacan entre las llamadas obligaciones generales del Abogado:

- a) Cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas<sup>41</sup>, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos.
- b) Mantener despacho profesional abierto, propio, ajeno o de empresa, en el territorio del Colegio en cuyo ámbito esté incorporado y ejerza habitualmente su profesión.
- c) Comunicar su domicilio y los eventuales cambios del mismo al Colegio al que esté incorporado.

De las tres obligaciones mencionadas la primera de ellas es la más relevante desde el punto de vista de la generación de posibles perjuicios a terceros resarcibles mediante los mecanismos de la responsabilidad civil profesional.

<sup>39</sup> Artículo 30 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 10 Julio).

<sup>40</sup> En este sentido, cabe citar, por su interés, las referencias específicas del anterior Estatuto General de la Abogacía aprobado por R. D. de 24 de julio de 1982, B.O.E. 2-9-1989, sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad:

– Art. 8: "La Abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas..."

– Art. 9: "Corresponde a la abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica..."

– Art. 53: "Son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada. En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto".

– Art. 54: "El Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado. Podrá auxiliarse en la práctica de tales actividades de sus colaboradores u otros compañeros".

<sup>41</sup> DEL ROSAL, R., Normas deontológicas de la Abogacía española, Madrid, Thompson-Civitas.

El Abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas<sup>42</sup> y deontológicas<sup>43</sup>.

La idea es, si como consecuencia de la actividad profesional del Abogado ha incumplido con un estándar de comportamiento que cabe esperar del mismo, mediante la trasgresión de normas legales, estatutarias y/o deontológicas, nos encontramos ante un escenario donde existen muchas posibilidades de que el juzgador aprecie la existencia de la responsabilidad civil profesional.

La obligación general del secreto profesional<sup>44</sup>, común a otras profesiones, se recoge en el artículo 32 del Estatuto de la Abogacía cuando establece que, de conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 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. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un Abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

El deber de defensa jurídica que a los abogados se confía es también un derecho para los mismos por lo que, además de hacer uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los Colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas.

En consecuencia, si el Letrado entendiere que no se le guarda el respeto debido a su misión, libertad e independencia, podrá hacerlo presente al Juez o Tribunal para que ponga el remedio adecuado<sup>45</sup>. La omisión de diligencia debida en este sentido, por pasividad del profesional, que cause perjuicios a sus defendidos puede generar responsabilidad civil si además de ella concurren el resto de los requisitos para que pueda apreciarse la misma. Si el Abogado actuante considerase que la autoridad, Tribunal o Juzgado coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no se le guardase la consideración debida a su profesión, podrá hacerlo constar así ante el propio Juzgado o Tribunal bajo la fe del Secretario y dar cuenta a la Junta de Gobierno. Dicha Junta, si estimare fundada la queja, adoptará las medidas oportunas para amparar la libertad, independencia y prestigio profesionales<sup>46</sup>.

El derecho "a la defensa y a la asistencia de letrado" se encuentra agavillado con el haz de garantías incluidas en el punto 2 del art. 24 de la Constitución Española, aunque resulta más rotunda, moderna y propia de nuestro Estado de Derecho la previsión contenida en el punto 1 del mismo art. 24, que garantiza plenamente el derecho de defensa en el ejercicio de

<sup>42</sup> MARTÍNEZ VAL, J. M., *Ética de la Abogacía*, Barcelona, Bosch, 1987.

<sup>43</sup> Artículo 33 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 10 Julio).

<sup>44</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., *Justicia y Secreto profesional*, Madrid, Centro Ramón Areces, 2000.

<sup>45</sup> Nótese en este sentido como el art. 34 del Estatuto de la Abogacía establece la obligación "c) Denunciar al Colegio cualquier atentado a la libertad, independencia o dignidad de un abogado en el ejercicio de sus funciones".

<sup>46</sup> Art. 41 del Estatuto de la Abogacía.

los derechos e intereses legítimos, cuando establece que "en ningún caso" podrá producirse indefensión.

El art. 24 de la Constitución Española habla de "derecho a la defensa" y (derecho) "a la asistencia de letrado", pudiendo interpretarse que existe un derecho a la defensa en abstracto comprensivo del derecho a la autodefensa, y un derecho a la defensa técnica, o defensa mediante Abogado. El punto 3 del art. 17 de dicha norma, que "garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales", "erigiendo al Abogado en vigilante del ejercicio del poder más afflictivo que el pueblo confiere al Estado, cual es la privación de libertad, y, aún más vigorosamente, en defensor de cuantos derechos asisten a la persona privada de libertad"<sup>47</sup>.

El Abogado tiene una serie de obligaciones para con los órganos jurisdiccionales, como son la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención.

Las obligaciones del Abogado en relación **con la parte por él defendida**, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, pasan por el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional. En este sentido el abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad. En todo caso, el Abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso cuando lo hiciere por cuenta de un tercero, a fin de asumir las responsabilidades civiles, penales y deontológicas que, en su caso, correspondan.

Las obligaciones del Abogado **para con la parte contraria** son el trato considerado y cortés, así como la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la misma.

En relación **con la asistencia jurídica gratuita** corresponde a los Abogados el asesoramiento jurídico y defensa de oficio de las personas que tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita, conforme a la legislación vigente. También corresponde a los Abogados la asistencia y defensa de quienes soliciten Abogado de oficio o no designen abogado en la jurisdicción penal, sin perjuicio del abono de honorarios por el cliente si no le fuere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La invocación del derecho de autodefensa no impedirá la asistencia de Abogado para atender los asesoramientos que al respecto se le soliciten y asumir la defensa si se le pidiere. Igualmente corresponde a los abogados la asistencia a los detenidos y presos, en los términos que exprese la legislación vigente<sup>48</sup>.

En todos los casos anteriormente señalados los Abogados desempeñarán sus funciones con la libertad e independencia profesionales que les son propias, respetando las normas

<sup>47</sup> CARNICER DIEZ, C. "El derecho a tener derechos: la defensa". *Diario La Ley* N° 6475, 4 May. 2006.

<sup>48</sup> CRESPO MORA, C., *La responsabilidad del Abogado en el derecho civil*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005, págs. 417 y ss.. Particularmente, la responsabilidad civil del Abogado de oficio (ver pág. 296).

del derecho a la competencia<sup>49</sup> y acorde a las normas éticas y deontológicas<sup>50</sup> que rigen la profesión.

Y junto a las obligaciones propias del contrato de arrendamiento de servicios, señaladas en el art. 1544 CC (las de prestar el servicio por una de las partes —el profesional, abogado en el presente caso— y pagar el precio o remuneración por la otra —el cliente, en la termino-

<sup>49</sup> VAZQUEZ ALBERT, D. Ejercicio de profesiones liberales y derecho de la competencia. Diario La Ley N° 5590, Año XXIII, 18 Jul. 2002, pág. 1526, Tomo 5. El autor "propone efectuar una revisión crítica de la regulación de las profesiones, con la finalidad de eliminar todas aquellas restricciones a la competencia en el sector profesional que no se hallen fundamentadas en el interés público. Esta revisión crítica se estructura, esencialmente, en torno a un criterio general de valoración que se denomina test de calidad. En virtud de este criterio, las restricciones a la competencia constituyen excepciones al principio general de la libre competencia y, como tales, únicamente pueden admitirse si poseen una justificación, cuya necesidad y proporcionalidad debe evaluarse en términos estrictos y argumentarse sobre la base de un análisis casuístico y empírico. En particular, las razones que permiten justificar las restricciones a la competencia consisten, fundamentalmente, en la necesidad de garantizar la calidad de los servicios profesionales en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general, corrigiendo de este modo los fallos que se producen en el mercado de estos servicios a causa de las peculiaridades de los mismos. Esta propuesta de revisión crítica tiene como principales destinatarios a los reguladores de la actividad profesional, sean éstos poderes públicos u organizaciones colegiales, aunque muy especialmente a estas últimas, pues tienen en sus manos la responsabilidad de ejercer sus funciones de acuerdo con criterios de interés público. La puesta en práctica de esta revisión permitiría llevar a cabo una segunda generación de reformas que conduciría a desactivar numerosas restricciones a la competencia que hoy todavía se mantienen vigentes, a pesar de carecer de toda justificación".

<sup>50</sup> . CARRETERO SÁNCHEZ, S. en ob. cit. "La Deontología del Abogado en el mundo de las sociedades profesionales ..." Diario La Ley N° 6439, Año XXVII, menciona el siguiente elenco: "Así las referencias generales del art. 24 CE, art. 436 LOPJ, arts. 6 a 10 Estatuto General. Y las específicas de libertad de expresión: 437 LOPJ; STC 15 de octubre de 1996. Los límites: Amparo del TC: STC de 15 de octubre de 1996, FJ 5.º. Independencia del Abogado: arts. 437 LOPJ, 33.3 EGA. Lealtad moral e institucional: art. 2 del Código Deontológico. Diligencia: arts. 1104 y 1258 del CC, 42.1 y 2 del Estatuto General Abogacía; art. 4 del Código Deontológico; obligación de ayudar a la diligencia, art. 12.2 del Código Deontológico. El secreto profesional: 437 LOPJ, 32 EGA, 5 CD; los honorarios y la hoja de encargo: art. 1711 del CC. Obligatoriedad y temperancia en los honorarios: art. 44 EGA, 15 a 20 CD; obligatoriedad: arts. 8 y 16 del CD; temperancia: arts. 44.4 y 15.1.2 y 18 del CD; lealtad y transparencia: arts. 17 a 20; independencia del Abogado: arts. 15, 16, 19, y el ejercicio de acciones de reclamación: arts. 44 EGA y 18 CD. El pacto de cuota litis: art. 44.3 EGA, 16 CD; Hoja de encargo: art. 13.1 del CD. Rendición de cuentas de los fondos: arts. 1720 del CC, 42.1 del EGA, 20 del Código Deontológico, Prohibición de retener documentos: arts. 1091, 1094, 1104, 1105, 1719 del CC. Relaciones entre compañeros: arts. 12 del Código, límite institucional, funcional, personal; la venia: arts. 9 del EGA y del Código Deontológico; Prohibición de tratar directamente con la parte contraria: art. 14 del Código, y la publicidad desleal: arts. 7 y 8 19 del CD. El Turno de oficio y su específica regulación: Ley 1/1996 de 10 de enero, Asistencia Jurídica Gratuita. Principios generales: voluntariedad (art. 23 del LAJG); quiebra de principios (art. 27 LAGJ), independencia (art. 33.2 EGA); mandato de oficio (arts. 22 y 24 LAGJ); designación (art. 32 LAGJ). Incidentes de revocación: revocación del mandato a instancia (arts. 27 y 28 LAGJ); excusa de la defensa de oficio (art. 31 LAGJ); insostenibilidad del pleito (art. 34 LAGJ) y la designación única (arts. 1, 6 y 7 LAGJ); cobro indebido de honorarios (arts. 42 a del LAGJ, 45 y 46.3 de EGA); excepciones a la gratuidad (arts. 18.2 y 18, 28 y 36 LAGJ) y el problema del art. 36 LAGJ".

logía forense—), y las específicas de la actividad profesional de la Abogacía (ya apuntadas), cabe añadir también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del B.G.B.), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la STS 3 de julio de 1990) en los casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a concepciones dogmáticas o soluciones pragmáticas.

El deber de fidelidad tiene su base en el art. 1258 CC y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal intuitu personae; en el caso del Abogado, la tiene, además, en los arts. 53 y 54 del mencionado Estatuto.

Las pruebas periciales juegan un papel decisivo en la medida en que proporcionan al juzgador el elemento valorativo fundamental a la hora de enjuiciar la labor del profesional. La opinión de los expertos, la doctrina, la estadística contrastada en casos anteriores, las pruebas periciales, testificales y documentales, configuran un amplio espectro que deberá ser valorado por el Juzgador en cada caso antes de emitir su fallo.

Por otro lado, el problema de la valoración de la actuación profesional se puede complicar extraordinariamente si descendemos al ámbito de la imprudencia punible de los profesionales. Recordemos la práctica habitual, indicada en esta exposición, relativa al excesivo recurso de la acción penal por parte de los perjudicados a fin de solicitar una indemnización por la vía penal. En este caso el elemento de la culpa excede del ámbito meramente civil, invadiendo la esfera penal, sin necesidad de que concorra en todos los casos el requisito del dolo.

De todo lo que antecede se deriva que se produce un incumplimiento de las obligaciones del abogado cuando, con su actuación, se impide al perjudicado la obtención de un derecho; es decir, como resalta la STS 1ª 7 de abril de 2003, no tanto se causa un perjuicio material directo, como cuando se hace imposible obtener un beneficio; o lo que es lo mismo, cuando se ha impedido (como dice la STS 1ª 28 de enero de 1998) la posibilidad de conseguirlo, a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española. Siempre y en todo caso que aquella actuación y este acto procesal corresponda a la obligación del Abogado.

En conclusión, a la vista de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>51</sup>, cabe sentar las siguientes premisas en materia de responsabilidad contractual del Abogado:

1º Con carácter general, la relación entre el cliente y los mencionados profesionales se enmarca en el contrato de arrendamiento de servicios, previsto en el art. 1544 CC y en virtud del cual estos últimos se obligan a prestar determinado servicio profesional a cambio del pago de honorarios o derechos.

2º La mencionada relación contractual comporta para el Abogado la obligación de prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso, incluyendo esa "competencia" el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso, así como su aplicación con criterios de razonabilidad, configurándose así como una obligación de medios y no de resultado.

3º El incumplimiento de las prestaciones contractualmente asumidas por cliente y profesional se rige por lo dispuesto en los arts. 1101 y ss. del Código Civil, por lo que el éxito de una

<sup>51</sup> Véase en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 19 Ene. 2006, rec. 5049/2005 Ponente: Almenar Belenguer, Manuel. N° de sentencia: 24/2006 N° de recurso: 5049/2005.

acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual está condicionada a la acreditación de los requisitos genéricamente exigidos en el citado precepto: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consecuente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto, o, en otras palabras, es preciso demostrar que el contrato existe, que se incumple por causa imputable al deudor y que se produce un daño como consecuencia de ese incumplimiento.

4º El que la responsabilidad del profesional sea de medios y no de resultado conlleva que la existencia o no del incumplimiento se valore en atención precisamente a la naturaleza de la obligación asumida, pero en absoluto convierte dicha responsabilidad en algo meramente formal, en el sentido de generar derecho a la indemnización por el simple hecho del incumplimiento, sino que rigen plenamente los requisitos exigidos en el art. 1101 del Código Civil y, en consecuencia, la necesidad de que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento denunciado y el daño causado.

### C) *Tendencia jurisprudencial*

Si bien es cierto que la jurisprudencia, a partir de la S. 10 Jun. 1943, va inclinándose hacia una interpretación más objetiva de la culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en el principio de responsabilidad objetiva, basado en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea resultado de la causalidad física con abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente. (S. 8 Abr. 1958, S. 30 Jun. 1960, S. 5 Abr. 1963, S. 9 Abr. 1963, S. 14 May. 1963, S. 30 Jun. 1963, S. 16 Jun. 1967, S. 29 Nov. 1967, S. 14 Mar. 1968, S. 14 Oct. 1969, S. 21 Sep. 1974, S. 10 Oct. 1975, S. 30 Jun. 1976, S. 31 Mar. 1980), sin embargo esta teoría se acepta en forma moderada y sin excluir el estricto principio de la responsabilidad por culpa, y así es ineludible el acatamiento a la situación fáctica suministrada por la instancia (S. 22 Feb. 1969, S. 18 Nov. 1980); y si el juzgado sentenciador deduce del conjunto de la prueba que no se ha probado la culpa de los profesionales, la sentencia que absuelve a los demandados no infringe por interpretación errónea el art. 1.902 CC y la doctrina legal contenida en las S. 2 Feb. 1976, S. 30 Mar. 1976 y S. 31 Mar. 1978. (TS 1.ª S 27 Abr. 1981.-Ponente: Sr. Seijas Martínez) LA LEY, 1981-2, 697 -RAJ, 1981, 178.

Así pues, desde luego es incontestable —tal y como declara la Sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 7 de noviembre de 1966<sup>52</sup>, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de civil, sobre todo la más actual, tiende a hacer establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epitome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que la “doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado”, y sigue diciendo “por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del —riesgo—, bien de su equivalente del de —inversión

de la carga de la prueba—, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivistas con que fue redactado (dicho art. 1902 del Código Civil). Ello no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero).

Ahora bien, toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a.- Una acción u omisión ilícita.
- b.- La realidad y constatación de un daño causado.
- c.- La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa, y
- d.- Un nexo de causal entre el primero y segundo requisitos<sup>53</sup>.

Por todo ello debemos concluir que la concurrencia del requisito de la prueba resulta imprescindible de cara a la constatación por el juzgador de la existencia o no de la responsabilidad civil profesional.

Cuestión distinta es el problema de la carga de la prueba en la responsabilidad civil profesional, donde la experiencia aconseja desarrollar todos los medios necesarios para acreditar la concurrencia o no de los requisitos que han de darse para la apreciación de la responsabilidad, especialmente los medios de prueba periciales, pues no hemos de olvidar que el juicio de valor que se verifica ante el órgano jurisdiccional es de marcado carácter técnico en función de la profesión de que se trate, así como de la especialidad concreta del actos profesional motivador de la reclamación.

La atribución del onus probandi en los casos de hipotética responsabilidad profesional está en función de que dicha responsabilidad es por vía no de resultados sino de atención profesional adecuada y diligente o, como dice el art. 1104 CC, cuando se omite la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar o, lo que es lo mismo, una obligación de medios, lo que la distingue de los demás supuestos de responsabilidad extracontractual, permaneciendo aquella con unas reminiscencias culpabilistas que se desconectan de los demás supuestos, por razón de que se actúa sobre un organismo vivo, de reacciones y sensibilidades imprevisibles, máxime si coetánea y racionalmente se emplean otros medicamentos o medios quirúrgicos o profesionales sobre el mismo paciente; por ello, la invocación del art. 1214 CC es irrelevante cuando se han obtenido conclusiones fácticas del conjunto de instrumentos probatorios aportados a las actuaciones, no siendo preciso que cada parte aporte la suya, sino que es bastante que las pruebas se hayan producido, sin que cuente a efectos procesales la procedencia de las mismas, máxime teniendo presente que, precisamente por el sentido culpabilista de esta clase de responsabilidad extracontractual, a diferencia de la objetiva o por riesgo, no hay inversión de la carga de la prueba específicamente considerada.

<sup>52</sup> Ponente Excelentísimo Sr. Sierra.

<sup>53</sup> Como señala la Sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 7 de noviembre de 1966, Ponente Excelentísimo Sr. Sierra.



En materia de responsabilidad civil del Abogado el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones, entre las que destacamos la Sentencia de 30 de diciembre de 2002<sup>54</sup>, en ella nos dice “TERCERO.- Antes de emitir la adecuada respuesta al Motivo, la Sala resume su línea jurisprudencial ante la cuestión siempre polémica de este supuesto litigioso dentro de la llamada “responsabilidad civil profesional”, y así entre otras en Sentencia de 23-5-2001, se dijo: en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas, de un arrendamiento de servicios o “locatio operarum” en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil... “contrato de servicios”, en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su “lex artis”, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, —“locatio operis”— el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del Abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, —se repite una vez más— como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; “ad exemplum”: informar de “pros y contras”, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como “prius” en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al Abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 del Código Civil “a sensu” excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del Abogado, el cual “ab initio”, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención; Que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión

<sup>54</sup> STS Sala 1ª de 30 diciembre 2002, Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis.

de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador. Son normas de su propia adscripción colegial: las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía<sup>55</sup> sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad, que, como es sabido, son normas corporativas sobre la materia.

### 7. Tratamiento asegurador de la responsabilidad civil profesional

El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado el daño que pueda sufrir su patrimonio debido a la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en la que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquéllas personas de quien él debe responder civilmente.

Básicamente mediante el seguro de responsabilidad civil general se cubre, con los límites señalados en cada póliza:

- El pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable.
- La constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado.
- Los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado.

Realmente, visto en su conjunto, el contrato de seguro de responsabilidad civil está configurado, de partida, como un aseguramiento general de la responsabilidad de los asegurados, aseguramiento que queda delimitado a tenor de las distintas estipulaciones contenidas en el mismo.

El seguro de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento es un seguro de daños, en el que el interés asegurado afecta directamente al patrimonio del asegurado y en el que la responsabilidad objeto de cobertura está sometida a limitaciones legales que excluyen, por razones de orden público, la posibilidad de asegurar determinados riesgos, y puede ser regulizada por las partes convencionalmente dentro de ciertos límites sin desvirtuar los rasgos del seguro.

Así, en el contrato de seguro de responsabilidad civil podemos encontrar los siguientes apartados:

- Condiciones generales<sup>56</sup>

<sup>55</sup> A tenor de la Disposición derogatoria única del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 10 Julio), quedó derogado el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del anterior Estatuto General de la Abogacía, así como cuantas normas de igual o inferior rango relativas a la ordenación profesional de la Abogacía que se opongán a lo establecido en este Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

<sup>56</sup> Se entiende por Condiciones Generales de una póliza al conjunto de disposiciones comunes a todas las modalidades de seguro y al conjunto de disposiciones específicas de la modalidad de seguro que se tra-

- Condiciones particulares<sup>57</sup>
- Definiciones y alcance del seguro.
- Exclusiones.
- Delimitaciones temporales, territoriales y jurisdiccionales.

La cobertura principal del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional consiste en garantizar el pago de las indemnizaciones pecuniarias que pudiese resultar civilmente responsable el profesional asegurado, en el ejercicio de su actividad profesional, tal y como está regulada en la normativa legal aplicable a cada profesión.

El asegurado en este contrato de seguro debería ser la persona física o jurídica que se encuentra expuesta al riesgo conforme al régimen jurídico de esta responsabilidad civil que tiene el doble carácter profesional y empresarial. Además del los profesionales colegiados ejercientes en el Colegio correspondiente Tomador del Seguro (en el caso de pólizas de seguro colectivas suscritas por el Colegio profesional correspondiente), que tengan tal condición en el momento del siniestro, en el contrato deberían figurar expresamente como asegurados, también la Sociedad profesional que recibe el encargo.

El mercado asegurador español excluye habitualmente la cobertura del seguro sobre los errores y omisiones cometidos por las personas que formen parte del órgano de administración y representación de Sociedad profesional. A la vista de la Ley 2/2007 el sector asegurador debería plantearse seriamente la posibilidad de revisar el contrato de seguro, ya que sería deseable introducir expresamente esta cobertura.

Dado el carácter de contrato de seguro colectivo de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional del colectivo de profesionales asegurados en pólizas colectivas en las que sea tomador del seguro el Colegio correspondiente, no le corresponde al Colegio tomador del contrato el poder de disposición sobre las respectivas relaciones contractuales, sino al asegurado, y por tanto será a él al que se le atribuya el poder de disposición sobre el contrato, al revertir en éste la verdadera condición de dominus negotii a todos los efectos. El asegurado puede suplir al tomador, pero no al revés. El Corredor del seguro puede suplir al tomador del seguro en las comunicaciones, pero solamente respecto de las mismas, pues carece de legitimación activa para instar la resolución judicial o arbitral del conflicto, cuestión esta que afecta directamente a los Abogados asegurados del contrato de seguro, quienes están legitimados para instar las acciones en defensa de sus intereses.

Consideramos muy desafortunada la regulación del Órgano Consultivo previsto en los contratos de seguro colectivos suscritos por Colegios profesionales en los que no se permita la participación del profesional asegurado. Al no participar el profesional asegurado en la reunión del Órgano Consultivo previsto en el contrato de seguro, se produce un perjuicio serio para sus intereses, auténtico desequilibrio de la reciprocidad que requiere este tipo de contrato.

La problemática derivada de la mala regulación de la participación del profesional asegurado solamente podría corregirse mediante la entrada del mismo en aquel Órgano Consultivo

te. En consecuencia, el conjunto de disposiciones o artículos contenidos en las Condiciones Generales de la póliza constituyen el marco legal mínimo por el que se rige un contrato.

<sup>57</sup> Las complementarias de las condiciones Generales, que individualizan y definen el riesgo asegurado, mediante los límites de indemnización, franquicias y cláusulas aplicables o negociadas.

con pleno derecho de voz y voto, mediante redacción de una cláusula que lo posibilite o bien la emisión de un suplemento del contrato de seguro donde se reconociera ese derecho.

Los profesionales asegurados afectados por el posible rechazo del siniestro de la entidad aseguradora, en caso de divergencia de criterios sobre la cobertura, podrán plantear su reclamación frente a la misma mediante el correspondiente acción judicial, solicitando la declaración judicial de cuantas obligaciones competen a la aseguradora en aplicación de la normativa vigente, así como del contrato de seguro y el abono de los perjuicios económicos ocasionados a consecuencia de la actuación de la entidad aseguradora. En caso de haberse pactado un arbitraje en el contrato de seguro podrán plantear su reclamación frente a dicha entidad aseguradora mediante el correspondiente arbitraje de derecho por los árbitros designado para la resolución de para toda controversia o conflicto que se derive del contrato, que no sea resuelta por la Junta Consultiva de Coordinación, con el compromiso de cumplir el Laudo que se dicte conforme a lo regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

Se pueden suscitar problemas respecto de la legitimación activa en caso de conflicto a la hora de interpretar la póliza de seguro colectiva de responsabilidad civil profesional.

Careciendo de apoderamiento expresamente otorgado por los profesionales asegurados, ni el Colegio correspondiente tomador del seguro colectivo, ni el mediador del mismo están legitimados legalmente para entablar una acción —judicial y arbitral— contra la entidad aseguradora al rehusar los siniestros que fueran rechazados por la aseguradora de forma injustificada.

En relación con la legitimación para reclamar frente al departamento y servicio de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidad aseguradora y posteriormente frente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con independencia de la clara legitimación activa de los asegurados para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en los conflictos que pudieran suscitarse entre las partes, concluimos que:

A.- El mediador de la póliza de seguro no está legitimado legalmente para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en el conflicto, salvo que acredite su representación, mediante un apoderamiento específico por parte de los asegurados. Sin embargo, en ausencia de poder suficiente, los profesionales asegurados del seguro colectivo pueden ratificar la actuación del mediador.

B.- El tomador del seguro está legitimado para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en el conflicto, siempre que acredite que la cuestión planteada esté relacionada con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven del contrato de seguro, de la normativa de transparencia y protección de la clientela, ya de las buenas prácticas y usos financieros.

Tanto la queja como la reclamación que se formulen por cada profesional asegurado deberá hacer mención a su caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes particulares que concurren en el mismo. En el caso de las quejas, se referirán al funcionamiento de los servicios de la entidad aseguradora, al usuario por la desatención derivada del rechazo injustificado del siniestro o cualquier otro tipo de actuación que se observe en su funcionamiento. Además podrá reclamar la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho que se deduzca de la cobertura del seguro, mediante la invocación de hechos concretos referidos a acciones u omisiones del asegurador, que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.



C.- Si la consulta, queja o reclamación del profesional Asegurado se encuentra o ha sido sometidas a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no tiene competencia para resolver sobre esos extremos.

### III. APORTACIONES AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE LA LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO, DE SOCIEDADES PROFESIONALES

La exposición de motivos de la Ley apunta la necesidad de garantizar los derechos de los terceros que requieran los servicios profesionales estableciendo, junto a la responsabilidad societaria, la personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en ésta encuentren su origen.

Este régimen de responsabilidad se extiende en la disposición adicional segunda a todos aquellos supuestos en que se produce el ejercicio por un colectivo de la actividad profesional, se amparen o no en formas societarias, siempre que sea utilizada una denominación común o colectiva, por cuanto generan en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las responsabilidades, si existieran, deban ser exigidas; regla que sólo quiebra en un supuesto, en el que se establece la responsabilidad solidaria y personal de todos los partícipes o socios: en aquellos casos en los que el ejercicio colectivo de la actividad profesional no se ampara en una persona jurídica, por carecer de un centro subjetivo de imputación de carácter colectivo.

Notemos que a los efectos de esta Ley, es **actividad profesional** aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. Por otro lado, **se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional** cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

#### 1. Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los socios

**La sociedad responderá** de las deudas sociales **con todo su patrimonio**. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos **responderán solidariamente la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan en cada caso concreto, remisión legal expresa al régimen general de responsabilidad civil que no resultaba estrictamente necesaria, pero que el legislador ha enfatizando deliberadamente, consiguiendo con ello consolidar la opinión general de la doctrina y la jurisprudencia tendente a aplicar el régimen general de la responsabilidad civil a situaciones de hecho anteriores a la publicación de la Ley.

Por lo que respecta a la solidaridad **la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado mediante actos profesionales concretos, tampoco existe en este caso diferencia alguna con el régimen general de responsabilidad por hecho ajeno referido con anterioridad, a la hora de estudiar la responsabilidad del empleador por los actos de sus empleados y dependientes. En consecuencia, en el ámbito de la jurisdicción penal, a pesar de no indicarlo la Ley, será de aplicación el artículo 120 del Código penal, en suma, el principio de responsabilidad subsidiaria de la sociedad profesional respecto de la responsabilidad civil ex delicto derivada de la comisión de delitos y faltas de los quienes prestan sus servicios profesionales en el seno de la sociedad profesional.

Finalmente la **Disposición adicional segunda** establece una penalización para aquellos Despachos que no hagan las tareas de actualización a la Ley 2/2007, extendiendo el régimen de responsabilidad en los siguientes casos:

**“1. El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley.**

**Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.**

**2. Si el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional”.**

Prescinde el legislador del necesario nexo de causalidad para apreciar la existencia de la responsabilidad en los profesionales que no intervinieron en la prestación de servicios al cliente, pero que comparten una configuración de aparente sociedad profesional, optando por una solución innecesaria, propia del más puro estilo irracional e injustificado de la llamada “responsabilidad legal”, posiblemente en aras a evitar situaciones de insolvencia ante terceros perjudicados. El carácter excepcional de esta extensión de responsabilidad pugna con el régimen legal de responsabilidad civil, imputando automáticamente una responsabilidad solidaria a quienes no actuaron en los hechos profesionales generadores de responsabilidad, lo cual hará necesario analizar en cada caso concreto el título que vincula a quienes se presentan frente a la sociedad como aparente sociedad profesional, sin haber constituido la forma legal societaria requerida en la Ley.

Notemos que la Ley de Sociedades Profesionales no contiene norma alguna que imponga la exclusividad del socio profesional, al contrario que en las sociedades personalistas, artículos 1683 del Código civil y 136 y 138 del Código de Comercio, que si la imponen, salvo pacto en contrario, así como en las sociedades capitalistas, en las que se entiende implícita la prohibición de competencia derivada del deber de fidelidad o lealtad del socio. Por ello resulta imprescindible que exista nexo de causalidad para que exista responsabilidad del profesional —socio o empleado de la Sociedad Profesional— que no intervino en los hechos generadores de responsabilidad. Sin embargo el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley prescinde del requisito clásico de la necesaria del concurrir del nexo de causalidad del profesional que no intervino en los hechos, llegando a sancionar a este por el mero hecho de adecuar la sociedad de hecho a la Ley de Sociedades Profesionales.

Realmente el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley supone una sanción de hecho para aquellas situaciones de falta de adecuación de la prestación colectiva de los servicios profesionales a los requerimientos de la nueva situación legal. Parece evidente que esta fuente de responsabilidad generará múltiples problemas en la práctica, especialmente en las sociedades cuyo ámbito de aplicación quedan excluidas de la Ley de sociedades, tales como las de medios, de ganancias y de mediación. Si los Registros de los distintos Colegios profesionales se limitan únicamente a inscribir las sociedades profesionales propiamente dichas que se ajusten a los requisitos exigidos por la Ley, serán estas y no las de medios, de ganancias y de mediación las sujetas al control especial que implica su inscripción, pudiendo quedar las sociedades excluidas del ámbito de aplicación de la norma en una situación de ambigüedad que genere expectativas de reclamaciones de responsabilidad solidaria contra profesionales que nunca intervinieron en los hechos generadores de la responsabilidad, por el mero hecho de la mera apariencia de formar parte de una sociedad profesional de hecho no regularizada. El perjudicado que invoque esta causa legal de responsabilidad civil profesional deberá acreditar que el profesional demandado forma parte integrante de la sociedad profesional de hecho no actualizada a las exigencias legales, no bastando la mera apariencia o sospecha para que tenga que responder solidariamente de actuaciones profesionales que nada tienen que ver con su actuación profesional particular. Todo ello obligará al juzgador a valorar la calificación jurídica que se atribuya a los colectivos de profesionales que operen de forma conjunta, con la finalidad de evitar fraudes a acreedores.

## 2. Sobre el seguro obligatorio de responsabilidad civil

**Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro** que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

El artículo 75 de la Ley de contrato de seguro (50/1980, de 8 de octubre) establece: "Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente".

De acuerdo con la actual configuración legal de los seguros obligatorios existentes en España, resulta obligado distinguir entre "seguros obligatorios" propiamente dichos y "obligatoriedad de aseguramiento".

Esta distinción, de extraordinaria trascendencia, ha sido reivindicada en la doctrina española por PAVELEK<sup>58</sup>, quien tras constatar las múltiples dificultades y paradojas de estos

seguros, en relación con su futuro y los problemas de los nuevos riesgos emergentes, no dudó en expresar su inquietud afirmando: "Esta incertidumbre engendra, sin duda alguna, la imposibilidad de efectuar previsiones de modo que la siguiente fase del proceso es la impredecibilidad que necesariamente conduce a las dificultades de asegurabilidad de las "cosas nuevas". El Seguro no se siente confortable con los cambios y se sustenta sobre hechos confrontados cuyas consecuencias se pueden valorar, de modo que hasta que no se resuelvan todas las incógnitas que nos acechan, la posición del Sector Asegurador ha de mostrarse obligatoriamente expectante, actuando en un escenario ya bastante dificultoso donde hay que medir hoy las consecuencias del mañana con la experiencia del ayer".

Los seguros obligatorios propiamente dichos son aquellos en los que, por mandato legal, tanto la actividad objeto de aseguramiento, como el seguro en sí mismo, están sujetos a una regulación minuciosa en la que se determina de forma pormenorizada, sus requisitos, funcionamiento y características que deben de revestir en cada caso. Ejemplos de ello son el clásico seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil, el seguro obligatorio de responsabilidad civil de la caza, energía nuclear, automóvil, etc...

Por otro lado existen actividades que están sujetas —también por mandato legal— a la necesidad de cumplir con el requisito de aseguramiento. Esta obligación de aseguramiento se manifiesta en unos casos como condición imprescindible para el ejercicio de la actividad, en otros casos como cautela de cara a evitar situaciones de insolvencia o impago al perjudicado e incluso en otros supuestos, de cara a repartir los riesgos en función con los criterios preestablecidos por el autor de la norma. Tal es el caso de las Sociedades Profesionales que requieren para el ejercicio de su actividad disponer de un contrato de seguro de responsabilidad civil, si bien la norma no determina como debe ser el seguro en cuestión.

Conviene hacer algunas reflexiones sobre los seguros obligatorios en España.

En estos momentos existen en nuestro país más de 400 normas de ámbito estatal y autonómico que establecen obligaciones de aseguramiento, cifra muy superior a la de otros países de nuestro entorno. El legislador recurre con demasiada frecuencia a la figura del seguro, cuando en ocasiones no es la solución más adecuada.

El problema no es tanto el número —sin duda excesivo— como la propia redacción de las normas, que muchas veces no tiene en cuenta la técnica y principios generales del seguro, lo que motiva una falta de respuesta del mercado asegurador. Por ello resulta obligada la revisión normativa de aquellos seguros impuestos como condición para el desempeño de determinadas actividades, de cara a su racionalización y planificación con el comportamiento del riesgo y la capacidad del mercado asegurador.

La necesidad de aseguramiento incluida en la Ley de sociedades profesionales es un buen ejemplo de lo que indicamos, mas parece un brindis al sol que una norma coherente con la obligación que contiene. Como en otros casos la norma solamente habla de la necesidad de aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil de la sociedad profesional, sin concretar la suma asegurada requerida, los límites posibles de la cobertura aseguradora, la posibilidad

<sup>58</sup> PAVELECK ZAMORA, E. Seguros obligatorios y obligación de asegurarse. Revista Española de Seguros. Número 106, abril-junio 2001, páginas 115 y ss. Véase también: BARRON DE BENITO, J.L.: "Derecho penal de la circulación: delitos dolosos y seguro de suscripción obligatoria", Dykinson, Madrid 1997. CARRO DEL CASTILLO, J.A.: "El aseguramiento de la responsabilidad civil en la industria nuclear", en "Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa", Musini, 1994. DE LAS HERAS GARCÍA, M. Circulación con vehículo careciendo de seguro obligatorio: ilicitud penal y administrativa. Tráfico y Seguridad Vial, Núm. 4, Abr. 1999, págs. 3 a 8. ITURMENDI MORALES, G. y LÓPEZ CABARCOS, J.L.: "Seguro de responsabilidad civil de ensayos clínicos con medicamentos en seres humanos", Cuadernos de Derecho Europeo Farmacéutico. Volumen III, nº 6. Junio 1997, páginas 107 y ss. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Sobre los seguros obligatorios de responsabilidad civil", RES, número

1, 1983. SOTO NIETO, F.: "Responsabilidad civil directa en el proceso penal de las compañías del seguro de responsabilidad civil. Seguro de suscripción obligatoria (artículo 117 del Código penal)", La Ley, número 4066, 26 de junio de 1996. SÁNCHEZ CALERO, F.: Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modalidades (Artículo 73), Aranzadi 2001.

o no de constituir una franquicia en el seguro, el ámbito territorial de la cobertura aseguradora, el ámbito temporal, etc...

Pero esta problemática no es nueva. Somos perplejos testigos de la incontinencia normativa a la hora de exigirse nuevos seguros de responsabilidad civil para las actividades más variopintas. A título de ejemplo, se exigen seguros obligatorios para actividades respecto de las que no hay experiencia de siniestralidad, o no hay masa suficiente para mutualizar el riesgo; las coberturas no están bien definidas; no están delimitados tomador, asegurado o beneficiarios del seguro; las cuantías y límites son imprecisos; o incluso, el ramo del seguro no se corresponde a su naturaleza jurídica.

Unas obligaciones de aseguramiento mal diseñadas contribuyen a agravar el problema que pretenden resolver. En lugar de ofrecer garantías y seguridad para el desarrollo de una actividad, impiden su ejercicio, ya que el administrado no puede obtener la preceptiva licencia al no existir el seguro exigido. Además, la Administración no ve cumplidas sus expectativas de protección de los potenciales perjudicados, y las entidades aseguradoras no pueden desempeñar su función social de transferencia de riesgos.

Se hace necesario racionalizar la normativa que impone obligaciones de aseguramiento, para garantizar que las nuevas disposiciones se ajusten a las técnicas y principios generales del seguro, y que, por tanto, el mercado asegurador pueda ofrecer la respuesta adecuada.

Proponemos, con esta finalidad, el establecimiento de un procedimiento de consulta en la tramitación legislativa (tanto a nivel estatal como autonómico), que aporte el conocimiento técnico y del mercado a la redacción normativa. Dicha consulta, a través del canal más adecuado —en nuestra opinión, UNESPA y el Grupo de Trabajo de Seguros Obligatorios, creado específicamente— garantizaría la idoneidad técnica del seguro que se pretende imponer. Conviene recordar que la Ley 50/1997 establece el principio de audiencia previa a los interesados en las disposiciones de carácter general, lo que actualmente no se cumple en materia de seguros.

Sólo en casos de normas de aseguramiento obligatorio que impliquen extraordinaria complejidad tiene lugar esta consulta. Un ejemplo reciente, con resultados muy positivos, es el Proyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental<sup>59</sup>. En él se recogen las aportaciones de la patronal aseguradora UNESPA —tras consulta del Ministerio de Medio Ambiente— en forma de mejoras técnicas, en un principio no contempladas en los borradores: tomadores que han de suscribir el seguro, definición y límites de la garantía, establecimiento de sumas aseguradas determinadas por anualidad y por evento, posibilidad de franquicia, limitación del ámbito temporal de la garantía y cauce para prolongarla a través del Consorcio de Compensación de Seguros.

La principal consecuencia de la insuficiente regulación del seguro obligatorio de responsabilidad civil de las sociedades profesionales es que, ante un hipotético infraseguro de responsabilidad civil en sociedades de capital (anónima y limitada), toda la responsabilidad recaerá sobre los administradores de la sociedad profesional por la vía del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, ante la insuficiencia del seguro —en caso de tener una suma asegurada pequeña—, unida a la limitación de la responsabilidad económica de la sociedad profesional, el planteamiento del tercero perjudicado que persiga el resarcimiento del daño y/o

perjuicio consistiría en demandar a los administradores de la sociedad profesional, invocando la falta de diligencia de los administradores (art. 133 LSA).

Recordemos que el art. 4, 3 de la Ley establece que habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales y si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional.

<sup>59</sup> Véase la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, publicada e el BOE número 255, el 24 de octubre de 2007 (páginas 43229 a 43250).

**sección de derecho  
mercantil**



## Cuestiones actuales de la responsabilidad de los administradores sociales\*

**Jesús Alfaro Águila-Real**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
UAM  
CMS Albiñana & Suárez de Lezo

---

\* Lo que sigue es una actualización de nuestro trabajo J. ALFARO AGUILA-REAL, "La llamada 'acción individual' de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales", [http://www.indret.com/pdf/413\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/413_es_1.pdf)

## I. INTRODUCCIÓN

1. Bajo este título, la doctrina se refiere a los casos en los que un administrador viene obligado a indemnizar a un tercero (cocontratante de la sociedad, socio de la sociedad o acreedor extracontractual de la sociedad) por los daños que sufridos por éste como consecuencia de la actuación del administrador en el ejercicio de sus funciones al frente de la gestión social. Los problemas que estos casos plantean se analizan, habitualmente, en el marco del artículo 135 LSA que, situado inmediatamente después de la regulación de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, recuerda que dicha responsabilidad no excluye cualquier otra que pueda recaer sobre los administradores sociales. En la doctrina comparada, se agrupan estos supuestos bajo el rótulo de *responsabilidad externa de los administradores* sociales por oposición al ejercicio de la acción social de responsabilidad que se califica como *responsabilidad interna*.
2. Desde el punto de vista de su *eficiencia*, en principio, es irrelevante si la responsabilidad frente al tercero se impone al agente (el administrador) o al principal (a la sociedad)<sup>1</sup>. Si se impone al administrador, éste exigirá un salario mayor a la sociedad, que le compense de las indemnizaciones que la Ley le obligue a pagar a los terceros. Es decir, el administrador exigirá que su salario se ajuste a esta asunción de responsabilidad. Si el administrador no responde, la sociedad le pagará un salario menor. De modo que los incentivos de la sociedad para vigilar el comportamiento del administrador no varían (porque la sociedad responderá frente a terceros directamente o tendrá que pagar un salario mayor al administrador que cubra tales indemnizaciones)<sup>2</sup>. El mismo tipo de argumentos justifica la imposición de la responsabilidad a la sociedad por los actos de sus empleados cuando sea difícil determinar quién es el causante del daño dentro de la organización. La imposición de la responsabilidad genera los incentivos adecuados en la compañía para vigilar la conducta de sus miembros o para reducir al óptimo el nivel de actividad peligrosa. Por último, la responsabilidad de la sociedad resuelve el problema de incentivos sobre el administrador derivados de su eventual insolvencia (si el administrador es insolvente, adoptará un nivel de precaución inferior al óptimo porque sabe que no pagará todas las consecuencias de su actuación dañosa). La imposición de responsabilidad a la sociedad en estos casos genera sobre la sociedad los incentivos adecuados para vigilar la conducta del administrador y, en

todo caso, para reducir el nivel de actividad peligrosa de la empresa si no puede vigilar suficientemente al administrador.

3. Es difícil resumir de una manera clara cuál es la posición de la doctrina española acerca del sentido y significado del artículo 135 LSA, pero la opinión que podría considerarse mayoritaria entiende que el artículo 135 LSA otorga una *singular "acción" de responsabilidad* contra los administradores en beneficio de aquellos que hayan sufrido un daño directo en su patrimonio como consecuencia del actuar culposo o doloso del administrador, responsabilidad que se añade o acumula a la de la sociedad<sup>3</sup>. Así concebido, el precepto contendría una *regla exorbitante*, al menos en lo que se refiere a los daños causados por el administrador en el patrimonio de los *acreedores contractuales* de la sociedad. En efecto, si alguien contrata con una sociedad, del cumplimiento de ese contrato responde la sociedad y no el administrador que haya actuado en su nombre, incluso aunque el incumplimiento por parte de la sociedad sea el efecto de una conducta personal del administrador social. Por tanto, si afirmamos que el administrador responde porque así lo establece el art. 135 LSA estaríamos diciendo que dicho precepto impone un deber de indemnizar a una persona que, conforme a las reglas generales, no debería indemnizar. La versión más reciente de la doctrina mayoritaria pasa por afirmar que el art. 135 LSA es la norma que dice, en el ámbito del Derecho de sociedades y en relación con la persona jurídica, que las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual de los que actúan en representación de las personas jurídicas se aplican también a los órganos (¿y no solo a los mandatarios o apoderados?) y, por lo tanto, que éstos pueden responder personalmente de los daños causados a terceros en el ejercicio de sus cargos cuando exista un criterio de imputación razonable<sup>4</sup>.
4. A nuestro juicio, antes de aceptar una interpretación que conduce a considerar que estamos ante una regla excepcional, conviene ensayar una interpretación del art. 135 LSA que sea coherente sistemáticamente. Tal interpretación pasa por afirmar que, en realidad, el art. 135 LSA no impone responsabilidad alguna a los administradores sociales porque se trata, simplemente, de una *norma declarativa*, es decir, su sentido no es otro que el de aclarar que la existencia de la *acción social* de responsabilidad (es decir, el hecho de que la Ley de sociedades anónimas obligue a responder al administrador frente a la sociedad) *no implica derogación* de norma alguna que establezca

<sup>1</sup> Lo que sigue está sacado de A. M. POLINSKY, "Principal-Agent Liability", *Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 258*, mayo 2003, disponible en diciembre de 2004 en [http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract\\_id=413103](http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract_id=413103), publicado como capítulo 15 de A. POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*, 5ª edición 2003.

<sup>2</sup> Esta conclusión se mantiene aunque el administrador tenga aversión al riesgo porque "if liability for an uncertain harm is imposed on the agent, the principal will have an incentive to indemnify the agent to reduce the agent's bearing of risk. Otherwise, the agent would demand higher compensation, not only for the expected liability cost, but also for the bearing of risk per se. Conversely, if liability for harm is imposed on the principal alone, the principal will be reluctant to impose an internal sanction on the agent because such a sanction would result in the agent's demanding higher compensation. In other words, whether liability is imposed on the agent or on the principal, the principal will want to insulate the agent from risk in order to lower the principal's wage cost POLINSKY, *Principal-Agent Liability*, pág. 7.

<sup>3</sup> V., por ejemplo, SAP Barcelona 12-XI-2002, *Westlaw JUR 16368/2004* que resume la posición mayoritaria aunque sin graves consecuencias.

<sup>4</sup> Esta es la tesis que parece sostener MARÍN DE LA BÁRCENA, *Acción individual*, pág.102. Este autor afirma que a la responsabilidad externa de los miembros de un órgano de una persona jurídica se le aplican también las normas del Derecho de la persona jurídica sobre el órgano: "la responsabilidad personal del administrador frente al perjudicado por los comportamientos que guarden una conexión objetiva con el ejercicio de las funciones y competencias propias del cargo será, en todo caso 'orgánica', es decir, resultado de la aplicación de las normas de derecho especial de la persona jurídica sobre responsabilidad de los titulares de esta posición jurídica de órgano (art. 133 LSA) y exigible mediante las acciones social o individual en función de cuál sea el patrimonio perjudicado por su actuación (art. 134 y 135 LSA). A nuestro juicio, esta eficacia externa de las normas de la persona jurídica sobre el órgano es seguramente correcta en relación con acreedores contractuales y seguramente incorrecta en relación con acreedores extracontractuales.

un supuesto de hecho de responsabilidad del administrador frente a cualquier tercero. Simplemente, tales acciones están reguladas *aliunde* porque *la Ley de Sociedades Anónimas sólo se ocupa de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad*<sup>5</sup>.

5. A favor de esta interpretación del artículo 135 LSA puede alegarse, en primer lugar, el tenor literal de la norma. El legislador se ha expresado en la forma típica de hacerlo en una norma de remisión al decir *"no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos"*. Obsérvese que el legislador no dice que los socios y los terceros podrán dirigirse contra los administradores para exigirles responsabilidad por los daños causados en sus patrimonios por los actos de administración negligentes o dolosos, sino que la regulación de la acción social de responsabilidad no pretende derogar las normas que otorguen otras acciones como se expresa, adecuadamente, con el adversativo *"no obstante"* y con el modo subjuntivo empleado (*"quedan a salvo las acciones que puedan corresponder..."*).
6. Abunda en la misma dirección el art. 19 de la Propuesta de Quinta Directiva que, con más claridad si cabe, establece que *"las disposiciones de los artículos 14 a 18 (que regulan la acción social de responsabilidad) no limitan en absoluto la responsabilidad de los miembros de los órganos sociales respecto a terceras personas, conforme a las disposiciones generales del Derecho civil contempladas en las legislaciones nacionales"*<sup>6</sup>.
7. El argumento *sistemático* habla en la misma dirección. El artículo 135 LSA no se refiere, al comienzo de su dicción *"al artículo anterior"*, sino a lo dispuesto *"en los artículos precedentes"* lo que demuestra que el legislador concibe lo dispuesto en los artículos 133 y 134 LSA como una regulación unitaria y, por tanto, que la acción recogida en el artículo 133 es la regulada, en cuanto a la legitimación, en el artículo 134 LSA.
8. *En contra* de la calificación del artículo 135 LSA como norma de remisión se ha aducido una interpretación muy pegada a la letra del artículo 133.1 LSA. Dicho precepto afirma, como es sabido, que los administradores *"responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores por el daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo"*. Este precepto —especialmente el último inciso— podría interpretarse afirmando que del mismo se deduce la existencia de una acción social —de titularidad de la sociedad— y una acción individual de responsabilidad de la que serían titulares los accionistas y terceros. De esta forma se justificaría atribuir contenido propio y no meramente remitivo al artículo 135 LSA. Pero esta interpretación no es necesaria porque la referencia a accionistas y terceros se explica perfectamente

<sup>5</sup> *Contra*, citando un conjunto de reglas que no implican que los artículos 133 y siguientes sean aplicables a la acción individual, G. ESTEBAN, "La acción individual de responsabilidad", en ROJO/BELTRÁN, (dirs), La responsabilidad de los administradores, pág.162; MARÍN DE LA BÁRCENA, Acción individual, *passim*

<sup>6</sup> V., también, los artículos 71 y 72 del Proyecto de reglamento de sociedad anónima europea de 1975, que preveía una norma semejante a la del artículo 133.1 LSA y que han desaparecido en el Reglamento de Sociedad Europea en vigor que se remite a la legislación que dicte el Estado miembro.

en el marco de la acción social de responsabilidad ya que, como hemos expuesto, el artículo 134 LSA legitima subsidiariamente a los accionistas minoritarios (art. 134.4 LSA) y a los acreedores sociales (art. 134.5 LSA) en el caso de que la sociedad decida no hacerlo (art. 134.1 LSA). Consecuentemente, es perfectamente compatible con el tenor literal del artículo 133 LSA afirmar que los administradores responden de los daños que causen a la sociedad tanto si lo exige la propia sociedad como si lo exigen, subsidiariamente los accionistas y, subsidiariamente —y en la medida en que no hayan visto satisfechos sus créditos frente a la sociedad, los acreedores en los términos del artículo 134 LSA.

## II. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER DECLARATIVO DEL ART. 135 LSA

9. Decidir si el artículo 135 LSA recoge un supuesto exorbitante y genérico de responsabilidad o es una norma declarativa *no es irrelevante*. En primer lugar, porque de aceptarse la posición aquí defendida el que demande a los administradores deberá apoyar su reclamación en alguna norma o doctrina concretas siendo *insuficiente* la alegación del artículo 135 LSA y la prueba del daño *directo* (esto es, sobre el patrimonio del tercero) y del nexo causal con la conducta del administrador. Hay que argumentar específicamente por qué de dicho daño, por muy directo que sea, ha de responder el administrador además del causante jurídico del daño que es la sociedad en el caso de los acreedores contractuales y en muchos de los extracontractuales. En otras palabras: el demandante habrá de probar *la imputación objetiva del daño a la conducta del administrador (infracción de un deber de cuidado frente al tercero)*. En efecto, piénsese en un supuesto en el que un administrador de una sociedad celebra un contrato entre la sociedad y un tercero por el que le vende productos fabricados por la sociedad. El administrador omite advertir al comprador de ciertos riesgos en el uso del producto, riesgos que se actualizan y causan daño al comprador. Es obvio que la *omisión* del administrador ha causado un daño *directo* al patrimonio del tercero y que hay nexos causales entre el daño y la omisión. Sin embargo, tendremos ocasión de comprobar que no hay ninguna razón para que, junto a la sociedad vendedora, haya de responder personalmente el administrador de la indemnización de dichos daños.
10. En segundo lugar, la interpretación aquí defendida del artículo 135 LSA permite rechazar la tendencia de la doctrina mayoritaria a construir un *régimen jurídico propio* y unitario de la acción individual recurriendo para ello a la *aplicación analógica o directa de las normas previstas para la acción social*. Ambos resultados son *indeseables*. El primero, porque las acciones que puedan dirigirse a socios y terceros contra los administradores de una sociedad por actuaciones de éstos en el ejercicio de sus funciones no tienen un régimen común —aunque lo más frecuente es que tengamos que recurrir a la aplicación del art. 1902 CC— y, por supuesto, el artículo 135 LSA no lo dibuja en absoluto. El segundo, porque las normas que regulan la acción social de responsabilidad responden a una lógica determinada mientras que las acciones que suelen enmarcarse en el artículo 135 LSA responden a lógicas diversas.
11. En particular, *el supuesto de hecho* de la responsabilidad personal del administrador frente a terceros no tiene que ver, en principio, con el supuesto de hecho de la responsabilidad frente a la sociedad. El administrador responde frente a la sociedad



por incumplir sus deberes como administrador (deber de diligencia y lealtad) pero responde frente a los terceros por infringir un deber de cuidado que el ordenamiento les impone para proteger los bienes e intereses de dichos terceros. En otras palabras: el administrador no debe a los terceros el cumplimiento de sus deberes de gestión diligente y honrada de la sociedad. Esos deberes forman parte de su contrato con la sociedad y los "debe" a la sociedad. No a los terceros<sup>7</sup>.

12. Para comprobarlo podemos recurrir a los casos típicos en los que el que ha vendido mercaderías a una sociedad y no ha logrado que la sociedad le abone el precio encontrándose la sociedad en una situación próxima a la insolvencia, suele demandar no sólo a la sociedad sino también a los administradores el pago de la mercancía. Algún autor ha afirmado que la demanda no se interpone "contra los administradores por los daños derivados del incumplimiento del contrato de compraventa, sino por incumplimiento de su deber de diligencia". Muy al contrario. Los administradores responden del pago de la deuda —si responden— no porque hayan sido administradores

<sup>7</sup> V., así, expresamente SAP Girona, 1-III-2001 *Westlaw JUR 17662*: "No es de recibo el argumento de la parte recurrente en el sentido de considerar que el hecho de no advertir a la parte demandante sobre las dificultades económicas de la empresa constituye ese acto dañoso, ya que los deberes de lealtad y secreto, efectivamente existentes para los administradores, son debidos a la empresa y no a sus acreedores". Esta es, además, la doctrina absolutamente dominante en los ordenamientos más avanzados v., la literatura citada en el trabajo de ALFARO, *RdS 17(2002)* y H. FLEISCHER, "Erweiterte Aussenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht", *ZGR 2004*, pág. 440 ss con repaso del Derecho inglés, francés, suizo e italiano. *Contra*, ESTEBAN, *Acción individual*, pág.162: "para determinar la concurrencia del presupuesto de la ilicitud del comportamiento del administrador habrá que analizar en cada caso los deberes del administrador". *Contra*, también MARÍN DE LA BÁRCENA, *Acción*, pág.194 donde reconoce que los administradores pueden verse obligados a responder frente a un tercero de los daños causados en el ejercicio de sus funciones a pesar de que su actuación no pueda considerarse como infractora de sus deberes de diligencia y lealtad frente a la sociedad afirmando, en tales casos, el derecho del administrador a repetir contra la sociedad: V., pág.194: "aquellas actuaciones antijurídicas desde el punto de vista de la responsabilidad frente a socios o terceros que estén justificadas desde el punto de vista de la responsabilidad interna por haberse realizado 'en interés de la sociedad' sin infringir normas legales o estatutarias permiten al administrador repetir de la sociedad lo que se ha visto obligado a pagar al tercero ex art. 135 LSA". Esta frase implica reconocer que el administrador responde frente al tercero a pesar de no haber infringido sus deberes de diligencia y lealtad. El Tribunal Supremo, aunque en el fallo niega la existencia de responsabilidad, mezcla la negligencia del art. 1902 CC con el deber de diligencia de los administradores. V., por ejemplo, STS 28-v-2005, *Ar. 5755/2005*, donde ante una reclamación de responsabilidad de los administradores por el impago de unas facturas por parte de la sociedad (se demanda a los administradores sobre la base del art. 135 y del art. 262.5 LSA exigiéndoles el pago de la deuda social), el Tribunal Supremo afirma que la responsabilidad del art. 135 LSA "es de carácter subjetivo, deriva de la falta de diligencia en el desempeño del cargo de administrador (así, sentencias de 24 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10969] y 18 de septiembre de 2003 [RJ 2003\6075])" pero añade que "como dice la sentencia de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9762) : "es necesario que se cumplan los supuestos exigidos en el artículo 1902 del Código civil para poder exigir esta clase de responsabilidades extracontractuales"; y añade la de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003\2547) que esta "acción no es de responsabilidad por deuda, sino resarcitoria de daño, por lo que no nacería con el mero incumplimiento contractual...". Las sentencias de instancia han negado explícitamente la falta de diligencia de los administradores, han resaltado la crisis económica que fue causa del impago, del que deduce la sociedad demandante la negligencia". Obsérvese que bastaría con que el administrador hubiese desempeñado su cargo de forma negligente (por ejemplo, hubiera podido evitar la insolvencia de la sociedad) para hacerle responsable frente al tercero.

negligentes, sino porque han incumplido un deber que les incumbía frente al vendedor y tal deber consiste, por ejemplo, en no actuar a sabiendas en perjuicio de un tercero induciéndolo a contratar con la sociedad cuando sabe que la sociedad no podrá cumplir las obligaciones derivadas del contrato. En sentido contrario, cabe imaginar supuestos en que esa conducta no pueda calificarse como una conducta negligente desde el punto de vista de los intereses sociales (retrasar la bancarrota puede ser bueno para los socios). Así, el administrador puede desarrollar conductas que defienden los intereses sociales y, no obstante, ser responsable frente al tercero como es el caso del administrador que oculta información al banco que va a dar un crédito a la empresa en la conciencia de que si el banco conociera esa información denegaría el crédito o exigiría garantías adicionales que la empresa no puede dar. Por tanto, lo relevante no es el incumplimiento de sus deberes de administrador ex art. 127 LSA, sino el *incumplimiento de sus deberes frente al tercero* que reclama la indemnización. Es un error, por tanto, calificar la conducta del administrador como generadora de responsabilidad personal frente al tercero sobre la base de que el administrador haya incumplido un deber frente a la sociedad. Le será imputable el daño al tercero cuando haya omitido el cumplimiento de sus deberes frente a los terceros<sup>8</sup>. Lo difícil es, como se verá, determinar cuándo el administrador, en el ejercicio de su cargo, ha incumplido algún deber que el ordenamiento le imponga para tutelar los intereses de los terceros.

13. Tampoco es correcto afirmar, como hace la doctrina mayoritaria, que "el criterio para medir la culpa del administrador es el mismo en la acción individual (y)... en la social". Si el administrador responde por culpa frente al tercero será porque la norma que funda la responsabilidad así lo establece (por ejemplo, el art. 1902 CC) no porque el artículo 127 LSA le obligue a actuar diligentemente en la gestión de los asuntos sociales. Es más, en el caso normal y frente a terceros que se relacionan contractualmente con la sociedad, el administrador sólo responderá personalmente por dolo según comprobáremos.
14. Además, concebir el artículo 135 LSA como expresión de una *acción de responsabilidad* tiene como consecuencia única la indemnización de los daños y perjuicios. Y esta conclusión también es errónea. Por ejemplo, si se demanda por competencia desleal al administrador de una sociedad (porque hubiera realizado el comportamiento desleal de forma dolosa), el demandante podrá ejercitar *frente al administrador* todas las

<sup>8</sup> *Contra*, ESTEBAN, *La acción individual*, pág.163, *contra*, también, la jurisprudencia v., STS 7-V-2004, *Ar. 2155*: "los actos u omisiones constitutivos de la acción individual de responsabilidad son los contrarios a la Ley y los estatutos o los realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo; además, la actuación del administrador debe haber producido una disminución patrimonial que impida a la sociedad hacer frente a sus deudas, o puesto en peligro la satisfacción del crédito del socio, accionista o tercero acreedor, o dañado un derecho si se trata de un tercero no acreedor". En el caso, sin embargo, la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales parece clara ya que se trata de un supuesto de "liquidación por las bravas" en los que, como veremos más adelante, no hay inconveniente alguno en afirmar la infracción, por parte de los administradores, de su deber de diligencia y lealtad frente a la sociedad, sino de un *deber de liquidación ordenada* que el Derecho de sociedades impone a los administradores *para proteger a los terceros acreedores*. Del mismo modo, dada la realización "en común" de la conducta dañosa tampoco hay problema alguno para justificar la condena solidaria a los dos administradores mancomunados.

acciones del artículo 18 LCD que incluyen la cesación, rectificación, remoción etc y no solo la acción de indemnización de daños y perjuicios. Si, por poner otro ejemplo, el administrador se ha presentado como garante del cumplimiento del contrato por parte de la sociedad y ésta incumple, el tercero podrá exigir del administrador, según los casos, el cumplimiento del contrato y no sólo la indemnización de daños y perjuicios.

15. Tampoco tiene sentido aplicar las normas sobre *distribución de responsabilidad* en el seno de un órgano colegiado de administración ni las reglas sobre solidaridad ni las reglas sobre exoneración de un administrador del artículo 132.2 LSA. La responsabilidad de los demás miembros del órgano y el carácter de ésta vendrán determinadas por la norma que fundamente la responsabilidad del administrador en cada caso y no por lo dispuesto en el artículo 133 LSA.
16. Ni siquiera hay razón para aplicar la única norma que se refiere, en general, a las acciones contra los administradores sociales, como es el artículo 949 C de c que establece un plazo de prescripción de tales acciones de 4 años a partir del cese en el puesto. En efecto, la norma establece una regla sensata para la prescripción de las acciones en interés de la sociedad contra los administradores: hasta que no abandonen su puesto no puede saberse con exactitud qué es lo que ha hecho el administrador y si ha dañado o robado a la sociedad, de ahí que el *dies a quo* de dicha acción se compute desde el cese del administrador<sup>9</sup>. Por tanto la norma se *aplica exclusivamente a las acciones sociales*. Pero carece de sentido para acciones que puedan tener los terceros —o los socios individualmente— ya que respecto de éstas no se plantea el problema de conocimiento de los hechos generadores de la responsabilidad<sup>10</sup>.
17. Tampoco es exacto calificar de *contractual* la responsabilidad individual del administrador cuando el que reclama es un socio y de *extracontractual* cuando el que reclama es un tercero. La aplicación de las normas sobre la responsabilidad contractual o extracontractual dependerá de *qué acción esté ejerciendo* el socio o el tercero que exige la indemnización al administrador<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> El art. 949 C de c se aplica como regla especial aunque entre la sociedad y el administrador se hubiera celebrado un "contrato de administración" al que fuera de aplicación la regla general de prescripción de 15 años del artículo 1964 CC. V., también art. 922 CC que, coherentemente, establece que "el término de las prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el día en que cesaran en sus cargos los que debían rendirlas" y el art. 1967 CC *in fine* que establece que el tiempo para la "prescripción de las acciones (contra determinados prestadores de servicios) se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios".

<sup>10</sup> Los argumentos de la jurisprudencia para aplicar el art. 949 C de C (sobre todo en la STS 20-VII-2001) a la acción individual son dogmáticamente muy débiles. V., con cita de las anteriores, la STS 23-X-2008, *Id Cendoj*: 28079110012008100892

<sup>11</sup> La sala 1ª del Tribunal Supremo parece decidida, sin embargo, a aplicar el art. 949 C de c a todos los supuestos de responsabilidad de los administradores v., STS 20-VII-2001, STS 19-V-2003, Ar. 5213; STS 17-XII-2003 donde puede leerse que el plazo de prescripción de las acciones "que se funden en el artículo 135 LSA. debe ser también el de cuatro años que establece el artículo 949 del Código de Comercio prescindiendo de la polémica —que se considera estéril— en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción mencionada y unificando dicho plazo para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, lo que ofrece las ventajas de aportar a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual"; STS 24-III-2004 y STS

18. Martín de la Bárcena dice que "en nuestro Derecho no hace falta —acudir a las normas generales sobre responsabilidad civil— porque tenemos una acción propia de Derecho de sociedades sobre responsabilidad de titulares de posiciones orgánicas frente a socios o terceros". El problema con esta "acción propia de Derecho de Sociedades" es que no nos sirve para determinar en cada caso si, además, de la sociedad, responde el administrador de los daños causados por éste a un individuo concreto en el ejercicio de su cargo. Para determinarlo es ineludible *aplicar las reglas generales sobre imputación de responsabilidad*. Por lo tanto, el 135 no nos resuelve ningún problema<sup>12</sup>. Así, parece erróneo afirmar que "los terceros perjudicados por una actuación de la sociedad contraria a la LCD podrán promover sus acciones.... Frente a la sociedad que es la que participa en el mercado y destinataria de las normas externas, pero en ningún caso contra los administradores respecto a los comportamientos realizados en su condición de tales. Frente a éstos sólo cabe ejercitar la acción individual, verdadera acción de Derecho de sociedades que, en su relación con los arts. 133.1 y 127.1 LSA sirve de conexión entre las normas externas y los deberes... del cargo"<sup>13</sup>. Es erróneo porque implicaría afirmar que cuando el perjudicado por un acto de competencia demanda a la sociedad y, también, al administrador porque considera que el administrador personalmente cometió el ilícito concurrencial, el demandante no estaría ejercitando frente al administrador una acción por competencia desleal y, por tanto, que a dicha acción contra el administrador no se le aplicaría el régimen de la Ley de Competencia Desleal, por ejemplo, las normas sobre prescripción (art. 21 LCD) lo cual no sostiene nadie.

19. Pero la consecuencia más grave de la opinión mayoritaria que se combate aquí quizá sea la de haber impedido que la doctrina realice la tarea que le corresponde, a saber, *elaborar los grupos de casos* en los que, con independencia de la existencia o no del artículo 135 LSA, procede afirmar la responsabilidad personal y externa de los administradores sociales frente a terceros. Aclarado que las acciones de terceros contra los administradores no están reguladas en el artículo 135 de la ley de sociedades anónimas procede abordar dicha tarea para lo cual conviene distinguir la responsabilidad externa del administrador frente a los acreedores contractuales de la sociedad respecto de la responsabilidad frente a terceros extracontractuales por los daños causados a éstos con su actuación personal en el ejercicio de sus funciones como administrador.

7-V-2004, Ar. 2155, comentada por M. PACHECO en CCJC 2005, nº de sentencia 1795, pág.197; STS 22-III-2005, EL DERECHO 2005/33584. Esta sentencia reitera los argumentos expuestos, por primera vez, en la STS 20-VII-2001; STS 5-III-2007, *Id Cendoj*: 28079110012007100275; STS 14-III-2007, *Id Cendoj*: 28079110012007100382;

<sup>12</sup> Por lo que no es significativo afirmar que el sistema español es más perfecto que el alemán porque existe el art. 135 LSA MARIN DE LA BÁRCENA, Acción individual pág.105, nota 17.

<sup>13</sup> *Ibidem*,

### III. RESPONSABILIDAD FRENTE A ACREEDORES EXTRA CONTRACTUALES DE LA SOCIEDAD

20. En el ámbito de los daños causados personalmente *por el administrador* en el ejercicio de sus funciones a terceros *extracontractuales*, la responsabilidad del administrador es *la regla*. El fundamento de la responsabilidad del administrador se encuentra, en general, en que el deber de *neminem laedere* que late tras el artículo 1902 CC *recae personalmente* sobre el administrador, porque tal es un deber que se impone al que *actúa*, de manera que si el administrador *causa* los daños, habrá de indemnizarlos sin que el hecho de que el causante de los daños estuviera actuando por cuenta y en interés de una persona jurídica altere la conclusión. En realidad, el buen sentido de esta solución se comprende inmediatamente si se examina la cuestión desde la perspectiva del tercero dañado *extracontractualmente*. Desde su posición, la existencia del contrato de sociedad —del que surge la posición del administrador— no puede perjudicarlo sin una norma legal que lo establezca, como sucede con la responsabilidad limitada de los accionistas. Para el tercero dañado por el administrador, la existencia de una persona jurídica y el hecho de que el administrador hubiera causado el daño en el marco del ejercicio de sus funciones como administrador es *res inter alios acta* que no le puede perjudicar. Así se explica fácilmente por qué el administrador que atropella a un peatón conduciendo el coche de la empresa y cuando iba a una reunión del consejo de administración responde de los daños causados al peatón o por qué el administrador que denigra a un competidor ha de responder personalmente de los daños que esa conducta causa, o por qué el administrador que ordena vender un coche que no era propiedad de la sociedad responde ante el *verus dominus*. En los tres casos, es el administrador el que causa personalmente los daños a la integridad física, el “honor concurrencial” o la propiedad del perjudicado.
21. La cuestión se reduce, a primera vista, a determinar si fue el administrador personalmente el que causó el daño. Demostrado que el daño fue causado personalmente por el administrador en el ejercicio de sus funciones, a la responsabilidad personal del administrador, *se añade la responsabilidad de la persona jurídica*.
22. Como puede suponerse, los problemas más difíciles se plantean cuando los daños se atribuyen (causados) indirectamente a la actuación de los administradores o cuando se consideran causados por la organización social, por la *omisión* o cumplimiento negligente por parte de los administradores de sus deberes de diligencia en la gestión social. Estos últimos comprenden todos los casos en los que el daño ha sido causado por la *organización*, normalmente, por omisión de las medidas de cuidado o por la existencia de defectos humanos u organizativos. Estos daños no han sido causados personalmente por los administradores y, por tanto, en principio no deberían responder de su indemnización. En contra, podría afirmarse que los administradores también son causantes de los daños que sufren los terceros como consecuencia, sobre todo, de la omisión por parte de la persona jurídica de las medidas de cuidado que podrían haber evitado la producción del daño *porque están al frente de dicha organización* y corresponde al que está al frente de una organización el deber de asegurarse que ésta ha tomado todas las medidas necesarias para evitar la producción de daños. Así, por ejemplo, si la comisa de un edificio de la compañía cae sobre un viandante y lo mata

estando el edificio en mal estado de conservación o el incendio de un almacén de la compañía se extiende a la nave vecina a la que causa daños estando el almacén lleno de material inflamable sin medidas de precaución, los daños causados a los terceros lo son de la organización empresarial a cuyo frente está el órgano social pero dado que los administradores están al frente de la organización societaria; que pesa sobre ellos el deber de gestionar diligentemente los asuntos sociales (art. 127 LSA) y que este deber incluye el de adoptar las medidas racionales para evitar los daños, cabría argumentar que los daños causados por la omisión de dichas medidas son daños causados por los administradores de los que, por tanto, han de responder externa o personalmente.

23. Esta argumentación no puede aceptarse sobre todo porque no hay razones para *imputar objetivamente* los daños al administrador. En efecto, es cierto que el administrador viene obligado a poner en marcha las medidas de cuidado que eviten la producción de daños a terceros pero la responsabilidad por tales obligaciones es *meramente interna*, frente a la sociedad cuya administración ostenta. El administrador, al asumir su puesto, *se obliga frente a la sociedad* a gestionar leal y diligentemente los asuntos sociales, debe, por tanto, diligencia y lealtad *a la sociedad y no a los terceros*. Afirmar que los terceros pueden exigir responsabilidad a los administradores de una sociedad porque éstos hayan incumplido sus deberes como administradores y dicho incumplimiento les ha causado un daño conduciría, en el extremo, a permitir a los acreedores sociales exigir, no sólo la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes sino derechamente el cumplimiento forzoso de tales deberes lo que llevaría al absurdo de permitir a los acreedores inmiscuirse en la gestión social.
24. Esta falta de responsabilidad externa es plenamente coherente con los principios del Derecho de la responsabilidad *extracontractual* Y es que, en efecto, no existe un criterio adecuado que permita imputar objetivamente al administrador los daños sufridos por el tercero porque *no constituye el fin de protección de la norma* que impone al administrador el deber de comportarse diligente y lealmente en la gestión social (art. 127 LSA) el de evitar daños *extracontractuales* a terceros. La finalidad del artículo 127 LSA, cuando impone al administrador gestionar con diligencia y lealtad el patrimonio social es *proteger el patrimonio social*, no el patrimonio de los terceros y, por lo tanto, en su ámbito de protección está incluida la sociedad y no los terceros.
25. Se equipara así la responsabilidad de los administradores a la responsabilidad de los trabajadores. Así, suele decirse que el trabajador responde externamente (frente al tercero) cuando comete un acto *inmediata o directamente* dañoso tal como el atropello de un peatón por un conductor de un camión de la empresa o la enfermera que deja caer al bebé al suelo lesionándose éste. Pero no hay responsabilidad externa cuando el acto sólo ha sido *indirecta o mediatamente* dañoso. Del mismo modo que el trabajador encargado de una tarea concreta en la cadena de montaje no responde externamente frente al cliente que sufre una lesión al abrir la botella de gaseosa defectuosamente taponada por la negligencia del trabajador, tampoco responde el administrador de una sociedad cuyos productos causan daños a terceros por haber omitido las medidas organizativas que habrían impedido la producción de los daños. Del mismo modo que no constituye la finalidad de la norma, que obliga al trabajador a ser diligente en el control del envasado, la protección de los intereses de terceros,

sino de los intereses de su empleador no constituye la finalidad de la norma que obliga al administrador a servir con diligencia y lealtad los intereses de la sociedad (art. 127 LSA) la protección de los bienes jurídicos de los terceros que se relacionan con la sociedad sino los intereses de la sociedad. Por el contrario, el deber de conducir diligentemente o el deber de ser muy cuidadoso cuando se atiende a niños recién nacidos sí que se imponen a cada uno de los que conducen un automóvil o sostienen a un recién nacido para proteger la vida y la integridad física de los peatones y de los recién nacidos.

26. En resumen, la responsabilidad del administrador sólo podrá afirmarse, en cada caso, si ha sido su actuación personal la que ha causado el daño al tercero —caso general—; porque haya infringido una norma de las que rigen su comportamiento como administrador cuyo cumplimiento se exija por el ordenamiento para proteger a terceros específicos<sup>14</sup>; o, en relación con las omisiones, si puede afirmarse que el administrador ha adquirido una posición de garante que le obliga a impedir la producción de los daños. Así, responde el administrador de una S.L., que, a sabiendas de que el que le vendía el carburante no era propietario del mismo, lo adquiere para la sociedad que administra provocando con su adquisición que el *verus dominus* perdiera la propiedad (porque el carburante fue vendido posteriormente a un cliente de la S.L., o porque se mezclara con carburante de otro origen). También encajan aquí los casos de actuaciones del administrador, en el marco formal de sus competencias pero *con abuso de poder*, es decir, persiguiendo su propio interés y no el de la sociedad, lo que incluiría los supuestos del administrador que se niega a pagar las horas extraordinarias a una trabajadora para forzarla a que mantenga relaciones sexuales con él. Son casos de responsabilidad derivados de ostentar una posición de garante los del administrador de una sociedad que gestiona un balneario y, actuando como guía omite la diligencia debida al llevar a los turistas por una zona en la que hay riesgo de aludes. El administrador responde porque adquiere una posición de garante, de modo personal, al asumir la función de guía, función que lleva específicamente incluida la obligación de velar por la seguridad de las personas con las que se realiza la excursión; También parece correctamente decidido el caso norteamericano en el que se imputó responsabilidad a los administradores de la sociedad que gestionaba un edificio en el que la dueña de uno de los apartamentos había reclamado a la sociedad que pusiera iluminación en las zonas comunes dado el riesgo de actuación de delincuentes en la zona. Su petición no fue atendida y la señora puso la iluminación en la parte exterior de su apartamento a su costa. Los administradores le obligaron a quitarla con tan mala suerte que, al poco tiempo, la señora sufrió un ataque por parte de un delincuente que la robó y violó. Este caso ejemplifica bien que la responsabilidad de los administradores no deriva del incumplimiento de sus deberes de diligencia y lealtad en la gestión de la

<sup>14</sup> La primera y más general es la de “no causar daños a otros *dolosamente*” de forma que no hay duda alguna de la responsabilidad personal y externa del administrador que, ejercitando las funciones de administrador, causa dolosamente un daño a un tercero. Como ha dicho la Cámara de los Lorens en noviembre de 2002: “no one can escape liability for his fraud by saying ‘I wish to make it clear that I am committing this fraud on behalf of someone else and I am not to be personally liable’” (Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp. (No 2) [2003] 1BCLC 244, 252 apud FLEISCHER, ZGR 2004, pág.442.

sociedad. El cumplimiento de estos deberes es lo que les llevó a impedir que la señora instalara la iluminación por su cuenta. La responsabilidad deriva de la omisión de la conducta que hubiera podido evitar el daño en circunstancias tales (advertencia por parte de la señora, riesgo efectivo de atracos en la zona, adecuación de la iluminación para reducir el número de atracos...) que pesaba sobre los administradores un deber de actuar. En el caso de la STS 22-I-2004, se consideró responsable a la sociedad titular de la explotación minera y a los administradores de la misma por los daños sufridos “por un menor que accedió a una mina sin vigilancia ni señal alguna de peligro ni prohibición de entrada”. Los argumentos de la sentencia justifican la imposición de responsabilidad a la sociedad, pero no hemos encontrado ninguno para justificar la responsabilidad *personal* de los administradores. Esteban Velasco afirma que “en esta sentencia se establece correctamente la responsabilidad de los administradores por omisión de deberes extracontractuales de tráfico que pesan sobre quien es responsable máximo de la dirección y control de la actividad empresarial”<sup>15</sup>. Esta afirmación merece dos comentarios. En primer lugar, el profesor Esteban está reconociendo que el deber infringido por el administrador no es su deber de gestión diligente de la empresa social, sino un deber *extracontractual de tráfico* (parece que se refiere a las *Verkehrssicherheitspflichten*), deber que pesa sobre cualquier titular de una explotación, sea un individuo o una sociedad porque es un *deber* impuesto por el ordenamiento *para proteger* a los terceros. Por tanto, la afirmación del profesor Esteban es perfectamente correcta si la aplicamos a la responsabilidad de la sociedad. En segundo lugar, de los datos transcritos no puede deducirse si los administradores debían ser considerados personalmente responsables de los daños sufridos por el menor. Si se trata de una pequeña explotación minera donde los administradores están próximos a la actividad concreta y diaria de la mina, es probable que, de acuerdo con las reglas normales de división del trabajo de una organización, corresponda a los administradores velar por que se cumplan las normas para evitar daños a las personas que pueden entrar inopinadamente en el recinto minero y, en este sentido, afirmar que los administradores tenían un deber de garante. Pero si se trata de una gran sociedad minera con decenas de explotaciones y miles de empleados repartidos por todo el mundo ¿puede afirmarse razonablemente que los administradores tenían el deber de asegurarse que todas y cada una de las instalaciones cumplieran todas las medidas de evitación de daños a terceros?

27. La posición de garante puede derivarse del hecho de que *el administrador conozca* que cualquier componente de la organización *va a provocar un daño* del que habrá de responder la sociedad y *no hace nada por evitarlo*. Puede afirmarse que el conocimiento de la inminente o probable producción del daño *obliga* al administrador a actuar para evitarlo. Son casos de este tipo el de los administradores que una vez informados de que un producto de los fabricados por la compañía está causando daños a la salud de los que lo utilizan, no hacen nada, esto es, no ordenan su retirada; o el de los administradores que conocen que empleados de la compañía están pactando precios con los competidores y no prohíben tal conducta o el de los administradores

<sup>15</sup> “La acción individual de responsabilidad” en ROJO/BELTRÁN, La responsabilidad de los administradores, Valencia 2005, págs.178-179.

que saben que la compañía está infringiendo una marca o una patente ajenas y no ordenan cesar en la conducta infractora. El fundamento de la posición de garante de los administradores en estos casos no se encuentra en sus obligaciones de gestión diligente y leal de la empresa social. Es más, en muchos de estos casos, lo más beneficioso para la empresa social será permitir al empleado que infrinja la patente o la marca ajena o que pacte precios con los competidores o no retirar los productos del mercado si los costes de respetar la ley son superiores a los beneficios de la conducta ilegal. El fundamento de la posición de garante se encuentra en que *su conducta (omissiva) es valorativamente equiparable a la del empleado que infringe la patente o pacta los precios (conducta activa)* precisamente porque el administrador está en condiciones de impedir la producción del daño porque conoce la realización de la conducta y ostenta una posición —la de dirección de la empresa social— que le permite impedir la producción del daño. Por tanto, el fundamento es semejante al que justifica por qué el administrador responde externamente de los daños causados por su comportamiento personal doloso o culposo y encaja sin dificultad en el artículo 1902 CC.

#### IV. RESPONSABILIDAD FRENTE A ACREEDORES CONTRACTUALES DE LA SOCIEDAD

28. Podemos examinar ya los casos en los que la sociedad incumple un contrato con un tercero y se pretende hacer responsable de dicho incumplimiento al administrador social (responsabilidad indemnizatoria). Debe adelantarse ya que éstos son los casos que típicamente se han recogido por la doctrina y jurisprudencia españolas bajo la norma del artículo 135 LSA. En principio, los administradores no responden del cumplimiento (ni, por tanto, de las consecuencias del incumplimiento) de las obligaciones contractuales nacidas de contratos celebrados entre terceros y la sociedad en el supuesto normal en el que el contrato ha sido celebrado por los administradores en nombre y por cuenta de la sociedad. En efecto, si la sociedad (a través de su órgano representativo, el administrador) adquiere unas mercancías y no paga el precio, el tercero acreedor del precio no tiene acción alguna para reclamar al administrador: *su deudor es la sociedad*. Esto es una consecuencia obvia de la aplicación de los principios que rigen para las relaciones representativas y del principio de separación patrimonial y responsabilidad limitada que rige en el ámbito de las sociedades de estructura corporativa. La consecuencia no se deja esperar. Si la contraparte del tercero es la sociedad, a ésta deberá exigir la indemnización de los daños y perjuicios derivada de un incumplimiento contractual (art. 1124 CC) del mismo modo que es a la sociedad y no a los administradores a los que podrá exigir el cumplimiento del contrato o frente a la que podrá resolverlo<sup>16</sup>. No hacer responder a los representantes —orgá-

<sup>16</sup> V., en un supuesto en el que se incluyen pretensiones contractuales y extracontractuales, STS 21-X-2005, Ar. 8274: "ninguna de las personas que se mencionan ha desarrollado la conducta que se les imputa en orden al aprovechamiento indebido del 'Know how', que es lo que se protege en la resolución recurrida, pues tal utilización se efectuó y aprovechó únicamente por las personas condenadas". La mera intervención como administradores, y la relación por la condición de socios de dichas sociedades, no genera por sí sola legitimación para su condena, sin que quepa derivar de modo automático la respon-

nicos o mandatarios— por el incumplimiento por el principal del contrato celebrado por el representante es eficiente ya que facilita la utilización de representantes en el tráfico con lo que se reducen los costes de contratar en general<sup>17</sup>.

29. Hay casos excepcionales, sin embargo, en los que, conforme a reglas o doctrinas generales, puede afirmarse la responsabilidad indemnizatoria del administrador que se añade a la de la sociedad por el incumplimiento de tales contratos entre el tercero y la sociedad. Pero estos casos habrán de canalizarse a través de las reglas generales que permiten a un acreedor contractual ejercitar *acciones ex contractu contra una persona distinta del deudor contractual* como ocurre con los fiadores y garantes o con los terceros que inducen a la infracción contractual al deudor contractual o los que se inmiscuyen abusiva o deslealmente en la celebración del contrato etc.
30. El primer grupo de casos nos lo proporciona *la existencia de un acuerdo colutorio* entre el administrador y la sociedad que administra, es decir, de un acuerdo para perjudicar al tercero. En tal caso, si se afirma con carácter general que si un mandatario o factor actúa dolosamente en el marco de la negociación de un contrato entre un tercero y el principal, habrá de soportar la acción del tercero dirigida contra él directamente y no solo contra el mandante o principal, aunque la actuación dolosa en perjuicio del tercero lo fuera en interés y por cuenta del mandante o principal, habrá que admitir la responsabilidad directa del administrador frente al tercero. Serían de este tipo el caso de los de los administradores que preparan, a sabiendas, y con el consentimiento (cuando no son los mismos) del socio mayoritario, un balance falso para inducir a un banco a que preste dinero a la sociedad. En el caso enjuiciado en la STS 19-V-2006 (Id. CENDOJ 28079110012006100545), se condenó solidariamente a los administradores y a la sociedad deudora del precio de unos suministros. Se rechaza el recurso de los administradores que se basaba en que, según ellos, "carecían de tareas o funciones ejecutivas en la Compañía... (pero)... no consta... que... tuviesen limitación alguna en el ejercicio de sus cargos de consejeros... y menos aún que no participasen activamente en las decisiones determinantes del daño sufrido por la demandante... (decisiones consistentes en la adopción de unos acuerdos por la Junta de accionistas por los que)... se decidió la adjudicación de todos los bienes de la sociedad a... entidades... dedicadas a la misma actividad y de las que los (administradores demanda-

sabilidad de las personas jurídicas, con su propia personalidad para actuar en el tráfico, a las personas físicas que son socios o dirigen, cuya posible imputación sólo es posible en los casos que excediendo de la órbita de aquella autonomía jurídica actúen a título individual, o se dé un supuesto de fraude, o específico de responsabilidad personal de administrador social; sin que sea razón suficiente para aplicar el art. 20 LCD (RCL 1991\ 71) a la Sra. María Antonieta el hecho de que haya firmado alguno de los contratos de franquicia, máxime si se tiene en cuenta que la pretensión estimada no es por responsabilidad contractual.

<sup>17</sup> MARIN DE LA BÀRCENA, Acción, pág. 145 nos interpreta erróneamente cuando afirma que "lo que no es admisible es negar su responsabilidad externa de entrada o reducirla a los supuestos de dolo y menos en base al argumento de que en caso contrario no sería económicamente eficiente la utilización de representantes". Y en nota se refiere a nuestra afirmación en el sentido de que la utilización de representantes (que tanto ha contribuido a la realización de los intercambios en general) no sería posible si los representantes que contratan con un tercero en nombre y por cuenta del principal debieran responder, por regla general, del cumplimiento del contrato por parte del principal. ¿cómo se puede estar en desacuerdo con eso?



dos)... eran consejeros delegados..." Es decir, que el acto dañoso, que impidió a la sociedad cumplir con sus obligaciones frente al tercero demandante fue realizado por los administradores *qua* socios y *en beneficio* de los administradores.

31. También hay responsabilidad del administrador si *provoca* el incumplimiento por la sociedad de un contrato con un tercero y, en general, los supuestos de "interferencia torticera" del administrador en la relación entre la sociedad y el tercero, supuestos conocidos en nuestra doctrina como de *lesión extracontractual de un derecho de crédito*, o tutela aquiliana del crédito, daño cuya indemnización encaja en el artículo 1902 CC. Por ejemplo, se "condenó a los administradores solidarios de una sociedad limitada que procedieron a la venta de determinados inmuebles manifestando que se entregaban libres de cargas y que el préstamo garantizado mediante hipoteca se encontraba liquidado y pendiente sólo de cancelación, lo que luego resultó ser falso. La conducta omisiva de los administradores, tanto de quien intervino materialmente en el otorgamiento del documento público como de quien no adoptó ningún acuerdo ni acción alguna tendente a la íntegra satisfacción del crédito hipotecario pendiente de pago y a la cancelación de la hipoteca en el correspondiente registro, sin que se destinasen a tales efectos las cantidades abonadas por los compradores pese al requerimiento del acreedor hipotecario, lleva a calificar como negligente la actitud de ambos administradores sociales. En consecuencia se confirma su responsabilidad frente a los acreedores sociales a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 LSRL en relación con el art. 135 LSA" (SAP Badajoz, 12-IX-2006).
32. También responde el administrador personalmente por *culpa in contrahendo* cuando contrata con el tercero en nombre de la sociedad pero lo hace como *procurator in rem suam* (el interés gestionado aparentemente es el de la sociedad pero el realmente gestionado es el del propio administrador) o cuando haya sido él mismo el que ha generado un *vínculo de confianza personal con el contratante* influyendo así en la negociación contractual.
33. La responsabilidad en los casos de *endeudamiento progresivo de sociedades insolventes*, es decir, en los supuestos en los que un administrador celebra nuevos contratos con terceros que implican la concesión de crédito a la sociedad por parte del tercero cuando el administrador sabe que la sociedad no podrá atender a los pagos se justifica porque el administrador incurre en dolo<sup>18</sup>. En los casos de *liquidación de*

*hecho* de la sociedad sin haber pagado todas las deudas de la sociedad, el criterio de imputación de responsabilidad personal a los administradores puede encontrarse en que realizar una ordenada liquidación de una sociedad es un *deber* de los administradores/liquidadores *impuesto*, no sólo *en beneficio* de los socios, sino sobre todo, *de los acreedores*, como lo demuestra la prohibición de repartir el haber social entre los accionistas o socios en tanto no se hayan pagado todas las deudas sociales (art. 120 LSRL)<sup>19</sup>. Ahora bien, si la falta de pago de un acreedor no está causada por el incumplimiento de estos deberes, el hecho de que algún acreedor de la sociedad que cesa en su actividad se quede sin cobrar no permite condenar al administrador al pago de la deuda. La razón se encuentra en que no hay relación causal entre el incumplimiento de los deberes como administrador y el daño sufrido por el acreedor: el acreedor se hubiera quedado sin cobrar igualmente si la liquidación de la sociedad se hubiera producido de la manera más ordenada posible (STS 3-V-2007, *Id Cendoj*: 28079110012007100488 en relación con rentas arrendaticias dejadas de pagar por la sociedad al dueño de la nave que ocupaba).

34. También se discuten como *supuestos de responsabilidad por confianza* que pueden fundar la responsabilidad del representante frente al cocontratante del representado, aquellos en los que el administrador realiza afirmaciones personales que pueden interpretarse legítimamente por el tercero como una *asunción de garantía personal* o de responsabilidad. Por ejemplo, porque ha afirmado que "él se ocupa personalmente del asunto" o porque ha prometido al acreedor que si la situación económica empeora se procederá a aumentar el capital de la sociedad de manera que el acreedor tendrá su dinero o porque haya asegurado al acreedor que, por su especial conocimiento del asunto o por su especial *expertise* en la materia y su fiabilidad, el contrato con la sociedad tendrá éxito con el objetivo, precisamente, de vencer la falta de confianza del acreedor respecto a la capacidad de la sociedad para cumplir. La calificación de la relación entre el administrador y el tercero en estos casos no es segura. En algunos casos, habrá que considerar que se ha celebrado un contrato de garantía entre el administrador y el tercero. En otros, cabe afirmar que lo que hay es responsabilidad por informaciones erróneas proporcionadas en virtud de un "contrato de información" (aunque la misma figura de tal contrato independiente se antoja artificiosa) y, en otros,

de poner el acento en que el administrador había ocultado al acreedor la mala situación económica de la sociedad en el momento de contratar y había cobrado, a su vez, de los deudores sociales; STS 27-X-2004, Ar. 7042 "Uno de los comportamientos aptos para producir ese daño directo en el patrimonio de un tercero consiste en la celebración de un contrato con ocultación de que el endeudamiento es excesivo para las posibilidades patrimoniales de la sociedad por la que actúa el administrador, cuando finalmente la misma no cumple de modo voluntario sus obligaciones ni puede hacerlo por carecer de bienes suficientes".

<sup>19</sup> Se acepta comúnmente que los administradores sociales tienen deberes fiduciarios frente a los acreedores sociales cuando la sociedad se halla en un estado cercano a la insolvencia., v., para las indicaciones de Derecho comparado, FLEISCHER, ZGR 2004, pág. 448 ss; en el Derecho alemán, la responsabilidad de los administradores en estos casos se ha afirmado como un supuesto de *responsabilidad extracontractual* sobre la base del incumplimiento por los administradores de un deber —solicitar la declaración de concurso y abstenerse de endeudar más a la sociedad— impuesto por el ordenamiento en protección de los intereses de los acreedores y, por tanto, que legítima a los acreedores sociales a su exigencia (*Insolvenzverschleppungshaftung*) v., además, RÖHRICHT, ZIP 2005, pág. 508.

<sup>18</sup> V., negando la existencia de responsabilidad, SAP Navarra 14-V-2002, *Westlaw Jur* 174524; afirmándola como supuesto de acción individual del art. 135 LSA, SAP Cádiz 24-V-2002 *Westlaw JUR* 190809/2002: el socio al 80% y administrador único hace un pedido sin poder ignorar que la sociedad no podría pagarlo; también niega la responsabilidad en un caso en el que los demandantes acusaban a los administradores de haber hipotecado el único inmueble de la sociedad y —simultáneamente— haber dejado de pagar unas letras cuyo cobro resultó imposible por la ausencia de bienes embargables en la sociedad fuera del inmueble. El TS afirma que, dado que la sociedad "no desapareció", los demandantes no han probado nada de "esa especie de confabulación (de los administradores) con un Banco para que éste ejecutara el único inmueble de la sociedad deudora en perjuicio de los demás acreedores... pues el movimiento de la cuenta de la sociedad deudora registra numerosos abonos que desmienten por completo la versión de los hechos expuesta en la demanda" STS 22-VII-2004; V. también, SAP Madrid 7-VI-2005, *Westlaw JUR* 176851/2005 que afirma la responsabilidad del administrador sobre la base de que la sociedad demandada cobró el trabajo de su cliente pero no pagó al proveedor que aportó los insumos que permitieron a la demandada realizar el trabajo para su cliente. Esta sentencia cita la STS 27-X-2004 en el mismo sentido



lo más, podrá afirmarse la responsabilidad del administrador sobre la base de que incurrió en *culpa in contrahendo* al despertar la confianza del tercero en la persona del administrador. Ejemplos especialmente llamativos son los del administrador que negocia la venta de unos bienes en nombre de la sociedad y le dice al comprador, erróneamente, que él, por su experiencia como asesor fiscal puede asegurarle que no pagará más de una cantidad determinada en concepto de impuestos por la compraventa. Es decir, el administrador/ representante hace una afirmación no como administrador, sino como experto.

35. En todo caso, hay daño desde el momento en que el acreedor no ha cobrado el crédito a su vencimiento y es razonable pensar —porque la sociedad está ya en situación de insolvencia— que no lo cobrará (SAP Madrid 7-VI-2005, Westlaw JUR 176851/2005).

## V. RESPONSABILIDAD FRENTE A SOCIOS

36. El carácter directo de los daños excluye, en principio, la posibilidad de ejercitar una acción por parte del accionista contra el administrador cuya conducta ha provocado una disminución del valor de las acciones. En efecto, si, por ejemplo, el administrador se apropia de bienes de la sociedad y tal apropiación provoca una caída en la cotización de las acciones de la sociedad —en el caso de que se trate de una sociedad cotizada— el daño sufrido por los accionistas no es un daño *directo* (el daño directo lo sufre la sociedad) sino *indirecto* por lo que no procedería el ejercicio de la acción individual de responsabilidad<sup>20</sup>.
37. En relación con los daños *causados a los socios* es importante tener en cuenta que los administradores, además de gestores de la empresa social, en la cual han de actuar diligente y lealmente, son *gestores del contrato social*, es decir, encargados por los socios de la gestión del contrato social. Así, por ejemplo, ejecutan los acuerdos de los socios (un aumento de capital, la separación de un socio, el reparto de dividendos, etc) y se encargan de que los socios puedan tomar decisiones sobre el contrato social (convocando y organizando las juntas de socios). La responsabilidad de los administradores por daños causados directamente a los socios es, pues, contractual: deriva del incumplimiento por parte del administrador de los deberes que le impone el contrato social y las leyes de sociedades *frente a los socios* considerados individualmente (no admisión indebida en una Junta, negación indebida de dividendos, liquidación injusta de la sociedad, manejo indebido del registro de accionistas...)<sup>21</sup>. De estos daños

<sup>20</sup> No obstante, en Alemania, la doctrina ha construido un remedio para proteger a los accionistas en estos supuestos legitimándoles para interponer una acción indemnizatoria contra la sociedad cuando, realizada la conducta dañosa por parte de los administradores, la Junta General decide no ejercer la acción social de responsabilidad V., con más indicaciones, K. KIETHE, "Massnahmenkatalog der Bundesregierung zur Aktienrechtsreform 2003 - 'Verbesserung' des Klagerechts der Aktionäre?", ZIP 2003, pág. 707 ss., pág.709, ver comentarios al § 93 AktG.

<sup>21</sup> "Les cas où l'associé peut démontrer un préjudice individuel sont rares. Pour synthétiser la position de la jurisprudence, l'on peut dire que le préjudice individuel n'est retenu que lorsque l'associé a été victime d'un comportement discriminatoire: ex. non-paiement de dividendes, non-convocation à l'assemblée" I. URBAIN-PARLEANI, "Le capital social en France" en LUTTER (ed), El capital social en Europa, 2005, working paper, pág.18.. Pero v., STS 14-III-2007, Id Cendoj: 28079110012007100382 donde se admite el

no debería responder la sociedad, sino exclusivamente, el administrador ya que si se hiciese responder a la sociedad se estaría utilizando el patrimonio de los demás socios (indirectamente) para indemnizar al socio lesionado por el administrador<sup>22</sup>.

cauce de la acción individual de responsabilidad por parte de un socio contra los socios administradores porque "los administradores codemandados idearon y desarrollaron, en el transcurso de varios años, una actuación conjunta y concertada tendente a frustrar los derechos patrimoniales (dividendos y cuota de liquidación, fundamentalmente) que al socio demandante le hubiese debido corresponder en la entidad Conruiber, S.L., actuación que, por un lado, se desarrolla mediante el desvío a los entes jurídicos por ellos creados y antes referidos de una gran parte de los beneficios reales de la sociedad inicial constituida por los tres... y que, por otro lado, se consume mediante la liquidación de la sociedad inicial y el traspase a uno de los entes nuevos" en los que solo los codemandados tienen interés, de las relaciones y expectativas de la primera».

<sup>22</sup> Contra, ESTEBAN VELASCO, *La acción individual*, pág.179.

# Los efectos del concurso sobre los contratos mercantiles y civiles: apuntes prácticos

**Enrique Sanjuán y Muñoz**

Magistrado especialista en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil en  
excedencia

Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la UMA  
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

## I. INTRODUCCIÓN

La declaración de concurso supone, sin duda, una revolución en la teoría general del contrato y rompe naturalezas, instituciones y figuras jurídicas que tienen origen en lo más profundo del derecho quirritario<sup>1</sup>. No es por ello injustificada la crítica férrea y fundamentalista de la doctrina civilista que, sin embargo, comparte la idea esencial de configurar el derecho concursal como una materia compleja.

Es fácil ver en las conversaciones con los más prestigiosos catedráticos/as de Derecho Civil siempre surgen elementos conflictivos de difícil solución que, desde el punto de vista concursal, sólo tienen una justificación en materia de insolvencia porque el legislador así lo ha querido. La exposición de motivos de la Ley 22/2003 nos señala al efecto que la regulación de los efectos de la declaración del concurso parte de un sentido funcional que beneficie la normal tramitación del procedimiento de tal manera que sólo se adoptan, y por tanto se limitan, aquellas medidas que sean necesarias en función de las exigencias del procedimiento o se regulan otras (como las del ámbito laboral, hipotecario, administrativo, etc.) que se interpretan también en virtud de la buena solución concursal.

Es, precisamente, esta buena solución concursal la que viene primando en la interpretación de los juzgados de lo mercantil, intentando conciliar el criterio de razón con la normativa concursal y con la legislación básica mercantil de tan profundo y largo desarrollo a lo largo de la historia.

Hablar de los efectos de la declaración de concurso al respecto de las relaciones contractuales es, sin duda, una de las materias más complejas, puesto que partimos de pocos artículos, de una situación anterior que no regulaba la materia y en donde se había venido pronunciando, puntualmente, la jurisprudencia y de una alteración normativa importante cuyas consecuencias son la afectación esencial (formal y sustancial) de las relaciones subjetivas y de los elementos objetivos de los contratos cuando de situación concursal hablamos.

El objeto del presente trabajo se centra esencialmente en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, pero hemos de tomar en consideración otros apartados también igualmente importantes:

1º. Por un lado que en el marco de dichas relaciones contractuales aparece un elemento subjetivo nuevo (no novatorio) de supervisión o de sustitución (art. 40 LC) como es la administración concursal.

2º. Que procesalmente se limita la capacidad de actuar a uno o a todos los que intervienen en los contratos (arts. 51 y 54 LC) a partir de esa intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición que la ley concursal impone.

3º. Que se recogen figuras como la rehabilitación de los contratos —en determinadas condiciones y para determinados supuestos— en beneficio o interés del concurso (y por tanto de la mayoría de los acreedores en perjuicio de esa parte que se ve afectada por la rehabilitación.

<sup>1</sup> En el derecho Romano, el *Ius civile*, era el conjunto de reglas que regularon las relaciones entre todos los ciudadanos romanos, que fueron conocidos en la antigüedad como "quirites", por lo cual el *Ius Civile* es conocido también como Derecho Quirritario o Derecho de los Quirites. Todos los pueblos que se rigen por las leyes y costumbres, usan en parte su derecho propio, y en parte el derecho común a todos los hombres, pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, propio de la ciudad por así decirlo... (Gayo, Instituciones 1,1).Wikipedia.

4º. Que se paralizan —como criterio general— las ejecuciones (art. 55 LC) e incluso con criterio temporal (arts 56 y 57 LC) aquellas con garantía real.

5º. Que se impide el ejercicio de cláusulas resolutorias expresas o tácitas (56.1.2º LC) durante un tiempo en concreto hasta la buena marcha del concurso de acreedores.

6º. Que se establecen privilegios (Arrendamiento financiero) incomprensibles sobre los bienes propios cuya razón de ser no es el interés de los acreedores sino el de conservación de la actividad empresarial o profesional.

Al regular los denominados efectos sobre los contratos la normativa concursal recoge tanto la referencia a los contratos partiendo de la vigencia de los mismos cuando existan obligaciones recíprocas como la posibilidad de resolución por incumplimiento (Art. 62). En dicha regulación se incluye el apartado referente a la rehabilitación de créditos cuyo pago se haya incumplido en los tres meses anteriores a la declaración de concurso y la posibilidad de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos.

Igualmente los artículos 64 a 66 LC estructuran y desarrollan lo que se ha venido a llamar las competencias laborales del juez del concurso que tanta trascendencia tienen tanto para la continuidad de la empresa como para los propios acreedores.

Dentro del apartado que regula los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos nos encontramos tres supuestos en cuanto a los contratos con obligaciones recíprocas que parten de una regla general en el artículo 61, apartados primero y segundo:

**Regla primera:** En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva. (61.1 LC).

**Regla segunda:** La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

Los supuestos que hemos de distinguir, a partir de dichas reglas, son:

1º. Resolución del contrato con obligaciones recíprocas por ser conveniente al interés del concurso.

La podrá instar la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención.

Se citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte que podrá terminar de dos formas: Si existe acuerdo mediante auto del juzgador; en caso contrario se continuará por los trámites de incidentes.

2º. Resolución del contrato con obligaciones recíprocas por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. (Artículo 62 LC). Si el contrato es de tracto sucesivo también se podrá iniciar dicha resolución cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso. Se atribuye su conocimiento al Juez del Concurso y se tramita por los incidentes concursales.

3º. Supuestos especiales en materia de contratos con obligaciones recíprocas. (Artículo 63 LC). En este caso se trataría de supuestos de denuncia unilateral fundada en la declaración de concurso y que en nuestro derecho lo encontramos en el 1594 del CC., en supuestos de contrato de obra, 1700.4ª y 1705 en supuestos de disolución de sociedad o en el 1732.1º

y 2º respecto del mandato. En leyes especiales también lo encontramos en el artículo 5 de la ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, art. 44 de la ley de ordenación del comercio minorista para ventas a distancia o, en el contrato de agencia o en el artículo 35 de la ley del Contrato de Seguro<sup>2</sup>.

Excepciona la LC dos apartados:

Por un lado la posibilidad de denuncia unilateral del contrato conforme a la ley y por otro la posibilidad de pactar la extinción del contrato (proscrito en el artículo anterior) en caso de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes cuando también lo establezca una ley.

Aunque nada dice sobre la competencia y procedimiento podemos entender que de no preverlo la norma concreta será competente el juez del concurso conforme al criterio general del 8.1 de la LC.

Recoge el artículo 67 de la LC, en referencia a los contratos con Administraciones públicas que:

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.

En los primeros será la normativa contractual administrativa pública la que siga rigiendo el mismo.

El sistema establecido nos permite planteamos diferentes cuestiones que pasamos a analizar:

- a) Así en el marco del artículo 61.1 respecto de los contratos con obligaciones recíprocas el cómputo activo o pasivo del crédito pendiente se llevará a la masa activa o pasiva dependiendo del cumplimiento o incumplimiento. Por lo tanto no se produce una resolución de dichos contratos por la declaración de concurso incluso ni siquiera fundado en el art. 1124 del Código Civil. Sin embargo el cumplimiento por el deudor concursado y el incumplimiento por la otra parte en nada impediría ejercitar la acción de resolución por incumplimiento con los efectos derivados del mismo en beneficio de la propia masa pues en realidad el cómputo en el activo deberá integrarse de la mejor forma posible.
- b) El mantenimiento de los contratos tiene su límite en el incumplimiento posterior a la declaración de concurso o en la petición de resolución que pudiera ejercitarse en beneficio de la masa. El artículo 62 recoge, como hemos visto, la resolución por incumplimiento señalando que cuando se trate de contratos de tracto sucesivo, también se podrá ejercitar la acción cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso y que el juez puede acordar el cumplimiento del contrato con cargo de la masa de las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. El mantenimiento de estos contratos ha de verse en función de la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Nada ha dicho la norma respecto de las acciones

<sup>2</sup> Para una completa enumeración de los supuestos véase página 715, comentarios al artículo 63 de JOSE RAMÓN GARCÍA VICENTE. Comentarios a la legislación Concursal. Tecnos 2004.

para cumplimiento en caso de incumplimiento por la parte no concursada. Se trataría, por ejemplo, del suministro de electricidad en donde la compañía deja de suministrar y procede al corte de forma automática (como es común). En este caso no estamos hablando de una acción de resolución por incumplimiento sino de una actuación de facto del todo punto alegal. En este caso y a sensu contrario del citado precepto la administración concursal estaría legitimada igualmente para ejercitar una acción que declare el cumplimiento.

En los supuestos de rehabilitación los artículos 68 y 69 LC nos hablan de la posibilidad de rehabilitación de créditos y de rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado. El régimen sin embargo de uno y otro, en cuanto a la oposición del acreedor, ha sido redactado de forma diferente. Así respecto de la rehabilitación de créditos la oposición del acreedor siempre que con anterioridad a la apertura del concurso hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de reclamación del pago contra el deudor, codeudor solidario o garante, nos lleva a que no procede la rehabilitación. En caso de rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado el artículo 69.2 LC sólo nos dice que, concurriendo las circunstancias que señala, el transmitente podrá oponerse a la rehabilitación. De igual forma la rehabilitación de créditos no impide nuevas rehabilitaciones por impagos futuros por mucho que se hayan asumido pues la norma no lo recoge, mientras que la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado sólo permiten una rehabilitación pues el incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

Las causas de oposición en uno y otro casos también son diferentes, ya hemos señalado que la rehabilitación de créditos la oposición (que lleva necesariamente a no rehabilitarlos cuando se cumplan los requisitos) se deberá fundar en el inicio anterior a la declaración de concurso de una acción de reclamación de pago contra el deudor, codeudor solidario o garante; en el caso de rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado el transmitente podrá oponerse si con anterioridad a la declaración de concurso hubiese iniciado el ejercicio de acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo a favor de tercero. En ambos casos entiendo que también es posible la oposición<sup>3</sup> a la rehabilitación amparada en el impago más allá de los tres meses que señalan las normas, la falta de notificación de la administración concursal de la rehabilitación al acreedor o transmitente o el impago o consignación de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y la asunción de pagos futuros.

Junto a estos supuestos hemos de incluir lo previsto en el apartado 2 del artículo 155 LC que permite de la administración concursal la opción, respecto del pago de créditos con privilegio especial, de elegir el pago con cargo a la masa y sin realización de dichos bienes y derechos afectos.

<sup>3</sup> En los comentarios a los citados preceptos DOMÍNGUEZ LUELMO y GÓMEZ MENDOZA [Comentarios a la legislación concursal. Tomo II, Editorial Lex Nova.2004, páginas 1337 a 1339 y 1344 a 1346 respectivamente] limitan las causas de oposición a las primeras partiendo de los presupuestos referidos. En caso de que dichos presupuestos sean discutibles también podrá realizarse una oposición por dichos defectos.

El artículo 70 LC recoge igualmente el efecto de enervación en materia de arrendamientos urbanos localizando el momento más allá de la regla general del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En caso de desahucio respecto de los inmuebles de los que sea arrendatario el concursado y siempre que la acción ejercitada lo sea con anterioridad a la declaración de concurso podrá pagarse hasta el momento del efectivo lanzamiento. Dichos pagos conllevarán gastos contra la masa por las rentas y conceptos pendientes. El precepto recoge igualmente el pago de las costas procesales causadas hasta el momento pero entendemos que habremos de esperar a su tasación y por tanto a que sean efectivas por lo que procederá la consignación a efectos de ulterior liquidación. Por otro lado tampoco opera el límite de una sola enervación o de la reclamación previa que es el sistema general de la LEC.

## II. POSICIÓN DOCTRINAL

La doctrina ha señalado que el espíritu esencial de la ley concursal en relación a los contratos celebrados por el concursado, vigentes al momento de la declaración, deben verse desde determinados apartados, de entre los que destacamos:

1º. Señala, al respecto, VILA FLORENSA<sup>4</sup> que *"declarado el concurso, no puede decirse que el concursado incumpla la prestación debida, sino que ésta queda sujeta a cumplimiento, con arreglo a la ley del dividendo, a las normas del concurso"*. Si bien referida a la facultad resolutoria del artículo 1.124 Cc nos parece interesante destacar desde el principio que dicha afirmación no sólo es importante sino esencial para llegar a comprender la realidad de las afectaciones de las que hablamos.

2º Es importante destacar igualmente, con GÓMEZ MENDOZA<sup>5</sup>, que la regulación contenida en la ley concursal puede considerarse —según los supuestos— aplicable a otro tipo de relaciones jurídicas. En este sentido afirma que *"por otra parte, no veo inconveniente en aplicar las normas de los contratos a otras posibles pero excepcionales relaciones jurídicas"*. Y ello en relación a la aplicación de una vieja doctrina, citando a GIRÓN, que entendía que podría ser aplicable el régimen anterior a otros supuestos y que era necesario hablar de relaciones jurídicas y no de contratos para tomar en consideración otros supuestos que podrían darse<sup>6</sup>.

3º. Siguiendo en este caso a BONARDELL LENZANO<sup>7</sup> conviene señalar igualmente que *"la aplicación de las normas generales incardinadas en el Derecho Común de contratos únicamente quedará excluida cuando resulten incompatibles con las concretas prescripciones dictadas para el caso de concurso, lo que deberá ser tenido en cuenta como premisa meto-*

*dológica a la hora de interpretar estas últimas"*. Aunque referido al mantenimiento del régimen general de los contratos y las particularidades de la Ley Concursal conviene señalar, como haremos a continuación, que el régimen concursal constituye un revulsivo al efecto de proteger esas relaciones y garantizar el cumplimiento de los principios concursales previstos en la LC.

4º. Siguiendo en esta ocasión a ESPEJO LERDO<sup>8</sup> —quien habla acerca de la reserva de dominio en la ley concursal, pero que puede ser referido a cualquier otra figura, institución o relación de la que tratemos— *"el correcto entendimiento del valor que la Ley concursal otorga (...), implica que el intérprete se debe comprometer con una interpretación sistemática de las normas. No valdría (...) hacer exégesis ramplona de los artículos en los que la figura aparece, sino que sería necesario referirlos al conjunto de los criterios que la Ley instaura. Pero, incluso esta visión sería insuficiente porque, como es lógico en una Ley de esta naturaleza, la conclusión que quepa extraer de ella debe armonizarse con el conjunto del ordenamiento"*.

5º. Citando en último lugar a CLEMENTE<sup>9</sup>, en los supuestos en que se permite la resolución *"el interés del concurso vendrá vinculado más bien a otras circunstancias, como que resulte más conveniente a la conservación, restricción o reordenación de la actividad patrimonial del concursado"*.

## III. EL ÁMBITO DE LOS PRECEPTOS. CONTRATOS BILATERALES

Tanto el artículo 61 LC como el art. 62 LC se refieren a *contratos con obligaciones recíprocas*, estableciendo el régimen aplicable tanto en los supuestos de cumplimiento, incumplimiento como de cumplimiento sólo por una de las partes. En ambos la referencia es a los contratos vigentes con obligaciones recíprocas que se ha constituido en el ámbito objetivo de ambos preceptos —al regular dicha cuestión— partiendo del principio de *"vigencia de dichos contratos"*<sup>10</sup>. Algún autor<sup>11</sup> considera, con las excepciones que se matizan en el mismo, que nos encontramos con *"la esencia misma del concurso: la integración de las posiciones jurídicas de deuda en la masa pasiva, a fin de satisfacer ordenadamente esta últimas con cargo a las primeras"*. Ello ha llevado a afirmar que el régimen es aplicable a otros supuestos y relaciones y a los contratos unilaterales<sup>12</sup>. Fundamentados en DIEZ-PICAZO<sup>13</sup>, otros autores<sup>14</sup> consideran que la cuestión no admite duda y que es la relación de interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa, contravalor o contraprestación de la opuesta, lo que caracteriza a este tipo de obligaciones. Y por ello rechaza, tanto de la literalidad del precepto como de la intitulación del mismo que pueda ser aplicable a otros supuestos.

<sup>4</sup> VILA FLORENSA P. "Comentario al artículo 61" en *Nueva Ley Concursal*. Coords. A. SALA, F. MERCADAL Y J. ALONCO-CUEVILLAS.....pág. 327.

<sup>5</sup> GÓMEZ MENDOZA. "Comentario al artículo 61" .....pág. 720.

<sup>6</sup> Cita la autora el supuesto de nulidad del contrato declarado por resolución judicial cuyos efectos deben ser considerados en el marco de la regulación señalada. En este sentido GARCÍA VILLAVERDE R. "Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución" en *Tratado de las Garantías en la Contratación Mercantil*, tomo I, Madrid 1996, págs. 306 a 308.

<sup>7</sup> BONARDELL LENZANO R. Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso. Tiran. Monografías. 458. pág. 46.

<sup>8</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA M. La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso. Thomson-Civitas. Estudios de Derecho Concursal. Dir. ROJO A Y BELTRÁN E. 7/2006 pág. 36.

<sup>9</sup> CLEMENTE ME. "Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio".DCP .....pág. 211.

<sup>10</sup> GÓMEZ MENDOZA. op. cit., pág. 718.

<sup>11</sup> VILA FLORENSA. op. cit., pág. 326.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ QUIÑÓNEZ Y DE TORRES. A. "Efectos de la Declaración de Concurso". Derecho Mercantil. coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Tomo II. Barcelona 2005, págs. 824 y 825.

<sup>13</sup> DIEZ-PICAZO L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Madrid 1996. págs. 369 a 376.

<sup>14</sup> BONARDELL LENZANO. op. cit., pág. 47.

Ya hemos señalado que una vieja doctrina es rescatada por GÓMEZ MENDOZA en tanto considera que el régimen es aplicable también a otro tipo de relaciones jurídicas de difícil acogida en otros apartados. Tanto esta última autora<sup>15</sup> como el anterior se refieren a la "sinalagmaticidad" como cuestión esencial (como garantía señala aquella) para determinar dicho ámbito objetivo. En líneas generales se afirma<sup>16</sup> que "la reciprocidad constituye la base esencial sobre la que se articula toda la regulación de las obligaciones bilaterales y la que provoca sus especiales efectos. Así, la necesidad de cumplimiento simultáneo, la compensación en caso de mora y la resolución en caso de incumplimiento, son efectos que se producen en las obligaciones bilaterales y no en las unilaterales, atendiendo precisamente al nexo causal que liga las prestaciones de las partes, a las que se consideran contrapartida la una de la otra".

Con DELL'AQUILLA<sup>17</sup> tenemos que afirmar que "la reciprocidad no es el posible atributo o característica de una obligación como tal: la reciprocidad o no de las obligaciones no puede ser el punto de partida para el planteamiento de una distinción entre ellas. Las obligaciones pueden ser simples o compuestas, positivas o negativas, divisibles o indivisibles, etc, pero no parece posible plantear una diferencia estructural e intrínseca entre las obligaciones tomando como medida la reciprocidad o no de ellas". Y siguiendo a este mismo autor<sup>18</sup> "con el término reciprocidad de las obligaciones se quiere únicamente destacar una particular relación que existe entre dos distintas obligaciones que tienen la peculiaridad de que el sujeto activo de una es al mismo tiempo sujeto pasivo de la segunda y el sujeto activo de la segunda es también el sujeto pasivo de la primera. En otras palabras, reciprocidad es sinónimo de correspondencia o, si se prefiere, de simetría o paralelismo". Convendría entonces distinguir<sup>19</sup> —y no confundir— entre reciprocidad de las obligaciones e interdependencia de obligaciones o interconexión entre ellas<sup>20</sup>. Por ello con ESPIN<sup>21</sup> convendría señalar que la referencia a "obligaciones recíprocas" lo es al contrato y no a las mismas obligaciones, o de otra forma dicho que hablamos por tanto de las obligaciones que surgen de un contrato recíprocamente a cargo de las dos partes contratantes. Por tanto y aún con la confusión de conceptos entre bilateralidad y sinalagmaticidad lo cierto es que el precepto se refiere a contratos (así se intitula el Capítulo III) y de contratos en los que una y otra partes deban cumplir con obligaciones que surgen del mismo a cargo de ambas, sin necesidad de tener en cuenta la equivalencia. Ello nos situaría en la necesidad de encontrar obligaciones surgidas de un mismo contrato que surgen para una y otra partes, con independencia de su carácter principal o accesorio (cuestión que no obstante deberá tenerse en cuenta para los supuestos de resolución) incluyendo, por tanto más amplios supuestos y recogiendo un ámbito objetivo más amplio que el

<sup>15</sup> op. cit., pág. 721.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL. "Efectos del concurso sobre los contratos bilaterales." A fondo N° 16 - 2ª quincena de Septiembre de 2006.

<sup>17</sup> DELL'AQUILLA E. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. 1981. pág. 16.

<sup>18</sup> op. cit., pág. 19.

<sup>19</sup> Es difícil concebir la distinción, como hacen en la confusión señalada los autores citados, si partimos de que nuestra mejor tradición histórica doctrinal también la realiza. Así CASTÁN en Derecho civil español, común y foral. Vol. III. Madrid 1958, págs. 86 y 87 o PUIG PÉÑA en Tratado de Derecho Civil. Madrid. 1946.

<sup>20</sup> ALONSO PÉREZ. Sobre la esencia del contrato bilateral. Salamanca. 1967. Pág. 35.

<sup>21</sup> ESPIN. Manual de derecho civil español. Vol III. Obligaciones y Contratos. Madrid 1961. pág. 400.

señalado por algunos autores e identificándose con el concepto "relaciones jurídicas" al que hacía referencia la citada autora. Lo anterior nos llevaría a tener en consideración, dentro de dicho ámbito, contratos como el arrendamiento, el leasing, contratos plurilaterales, y supuestos de contratos unilaterales en esencia o no rigurosamente unilaterales.

Por ello cobra especial significación lo señalado por el CGPJ en el informe al Anteproyecto de ley concursal<sup>22</sup> cuando recoge: Esto no obstante, en "interés del concurso" se consagran ciertas facultades exorbitantes, que resultan extrañas al concepto clásico de sinalagma" y entre ellas esa facultad resolutoria o de rehabilitación, cuando en realidad no es al sinalagma a lo que se refiere la norma sino a la bilateralidad surgida del propio contrato. De esta forma no es extraña a ese concepto sino en cuanto a este tipo de contratos se refiera pero no en la generalidad de los casos. De esta forma la interpretación del precepto sería acorde con los criterios seguidos por el Banco mundial (Wordbank) en los *Principles and guidelines for effective insolvency and Creditor rights system: assessment test in EU member states and US* cuando señala la necesidad de afectación de los contratos en que sea parte el deudor concursado salvo razones públicas o sociales<sup>23</sup>. La posición contraria, dejarlo sólo a las sinalagmáticas bajo el criterio de equidad y reciprocidad de las obligaciones reduciría ampliamente el campo de actuación que no ha sido, como hemos visto, el ámbito tratado en la aprobación legislativa.

#### IV. EL INTERÉS CONCURSAL EN LA AFECTACIÓN DE LOS CONTRATOS

La búsqueda de un interés en el concurso como criterio de mantenimiento de los contratos incumplidos aplicando las reglas de los artículos 61 y 62 LC o de la suspensión producida en determinadas acciones en el artículo 56 LC, debe partir de una inicial distinción:

A los efectos de la posibilidad de mantenimiento e incluso rehabilitación (68 y 69 LC) se configura por la necesidad de estar debidamente justificada, aunque no lo exprese la norma, desde el punto de vista del interés del concurso<sup>24</sup>.

En el marco del artículo 56 LC la referencia a bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a unidad productiva, particulariza dicho interés en relación al principio de continuidad y mantenimiento de dicha actividad (arts. 43 y 44 LC). Por ello los efectos que se producen son automáticos en cuanto a la posibilidad de acciones. En los artículos 61 y 62 LC el criterio es diferente porque se establecen dos reglas esenciales:

- a) En el primero se recoge que no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente **al interés del concurso**.

<sup>22</sup> INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA REFORMA CONCURSAL, POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, Y LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL Y AL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, 6 de noviembre de 2001.

<sup>23</sup> Principio 14: The law should allow for interference with contractual obligations that are not fully performed to the extent necessary to achieve the objectives of the insolvency process, whether to enforce, cancel or assign contracts, except where there is a compelling commercial, public or social interest in upholding the contractual rights of the counter-party to the contract (as with swap agreements).

<sup>24</sup> VILA FLORENSA. op. cit. pág. 328.



- b) En el segundo se recoge que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al **interés del concurso**, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Entendemos que dicho interés del concurso debe acreditarse no sólo por el principio positivo sino por el mismo hecho de que en caso de no existir acuerdo ambas partes deberán ir a un incidente concursal para resolver finalmente la controversia: *"En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución..."*

Entendemos, con OLIVENCIA<sup>25</sup>, que la referencia a "interés del concurso" a la que también se refieren otros preceptos y la exposición de motivos<sup>26</sup>, *"no es la protección del interés de cada acreedor aislado (el interés equivale a su satisfacción individualizada), sino a un interés general, el de alcanzar el fin esencial del concurso, que es la satisfacción de los acreedores"*. Y ese fin esencial, siguiendo al mismo autor, no quiere decir único sino que ha de ser combinado armónicamente dentro del sistema concursal. Con la doctrina<sup>27</sup>, debemos partir de que *"la declaración de concurso determina el tratamiento colectivo de los acreedores, algo que tiene un aspecto sustancial y un aspecto formal. Desde el punto de vista sustancial, los acreedores quedan sometidos a la solución del concurso (convenio, con sus quitas y/o esperas, o liquidación, para cobrar por el orden establecido). Desde el punto de vista formal, los acreedores deben comunicar su crédito y ser reconocidos y clasificados como acreedores concursales"*.

En función de esto y reproduciendo lo ya señalado en algún otro trabajo<sup>28</sup>, los intereses a tomar en cuenta para alcanzar ese fin, sin perjuicio de las soluciones que la comunidad pueda adoptar respecto del proceso, serían:

### 1. La conservación de la masa activa.

De las dos formulaciones básicas que podemos extraer de la normativa concursal, una de ellas coincide con su regulación dentro de los supuestos de enajenación de bienes o derechos que integran la masa activa (art. 43 LC). Existe una formulación positiva en cuanto a que se recoge un mandato, abierto de posibilidades procesales, de conservación de los bienes del concursado desde antes de la declaración del concurso (arts. 17 y 71 y ss LC), desde la solicitud del mismo (arts 5 y 164 y ss LC), desde su declaración y hasta la aceptación de los administradores concursales (art. 40 LC) y desde este momento (42 y 43 LC).

Este mandato positivo, dirigido a la conservación de la masa activa, al deber de colaboración, a la posibilidad de auxilio judicial y al establecimiento de medidas protectoras de dichos bienes y derechos, se completa con limitaciones al concursado desde el mismo momento en que se declara el concurso y hasta la aceptación de los administradores concursales respecto de su propio patrimonio. La LC señala (art. 44.2 LC) que *"sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los*

*administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado"*. Será la administración concursal la que, a partir de ese momento de aceptación, deba realizar y adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (44.3 LC) y para la conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (43.1 LC).

Al contrario que en los procesos de quiebra<sup>29</sup>, el régimen concursal se estructura sobre la posibilidad de gestionar el patrimonio del concursado del modo más conveniente para los fines del concurso. La Ley admite, conforme a la doctrina<sup>30</sup>, la realización de los actos de disposición sobre la masa activa, aludiendo a una actividad propiamente de gestión sin perjuicio de la integridad patrimonial, en sentido económico, de esa masa activa, con independencia de la individualidad de los bienes y derechos que la compongan.

En desarrollo de lo anterior es posible encontrar ya numerosa casuística en los juzgados de lo mercantil que autorizan estos supuestos de enajenación de bienes y derechos. Es interesante en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid<sup>31</sup> en donde se destaca que *"la enajenación "ex Art. 43-2" no es una enajenación de finalidad liquidatoria sino conservativa y así se desprende tanto del epígrafe del precepto ("Conservación y administración de la masa activa") como del contenido normativo de su apartado 1 ("...1.-En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso...")"*<sup>32</sup>. Para que el juez pueda autorizar, según la doctrina<sup>33</sup>, la enajenación o el gravamen de un bien, debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor. La sentencia del mismo Juzgado de fecha 2 de marzo de 2006<sup>34</sup>, reproduce los citados argumentos, y señala que la justificación de dicha enajenación anticipada sólo puede venir justificada por: *necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir—atendido su escaso o incierto valor—gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes de inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura, etc... En suma, circunstancias que, lejos de implicar*

<sup>29</sup> T. AGUILERA LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación en la quiebra*, (Montecorvo), 1973, pág. 291. Afirma el autor que "toda la institución de la quiebra responde a una finalidad de conservación.(...) Tal finalidad explica la eliminación de los actos de disposición".

<sup>30</sup> TAPIA HERMIDA, A. "La gestión de la masa activa" (art. 43) en Sánchez-Calero/Guilarte Gutiérrez. *Comentarios a la Legislación Concursal*. Valladolid (Lex Nova), I, pág. 799.

<sup>31</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 23 de mayo de 2005. Recurso 43/2004. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ. En el mismo sentido Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga de 9 de Junio de 2006. Asunto 312.1/2006.

<sup>32</sup> En tal sentido, J. L. COLINO MEDIAVILLA. "Conservación y Administración de la Masa activa" (art. 43) en Pulgar Ezquerro, J. / Alonso Ureba, a. / Alonso Ledesma, c. / Alcover Garau, G.. *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo I. Madrid (Dykinson.) 2004, pág. 614 "...las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que sólo responden a una finalidad conservativa...".

<sup>33</sup> MARTÍNEZ FLOREZ. En Rojo/Beltrán, *ComLC*, pág. 897.

<sup>34</sup> Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid. Número de recurso 77/2005. 2 de marzo de 2006.

<sup>25</sup> OLIVENCIA RUIZ M. La terminología jurídica de la reforma concursal. *Iustel*. 2006. pág. 203.

<sup>26</sup> Exposición de Motivos de la LC, III. Arts 42.1, 61.2.2º y 165.2º. LC.

<sup>27</sup> E. BELTRÁN. "Créditos concursales y Créditos contra la Masa" en M. Olivencia. *La nueva ley concursal*. pág. 442.

<sup>28</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ E.: "La disposición sobre bienes y derechos en el concurso de acreedores y la cancelación de cargas registrales" *Anuario de derecho concursal*, Nº. 14, 2008, pags. 185-229.

un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes como el que es propio del trámite liquidatorio (Arts. 148 y 149 LC.), generan necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia.

Es importante tener en cuenta que del conjunto de los artículos 43, 155 y 188 de la Ley Concursal, las citadas autorizaciones de venta de bienes y derechos de la masa activa, se sujetan a autorización, en los términos señalados, y que por ello dicha autorización supone: que ha existido una petición de enajenación de bienes y derechos con alguna de las finalidades señaladas; que la disposición que se realiza de dichos bienes se sujeta a los términos de dicha autorización<sup>35</sup>; El conjunto determinante de la competencia —como veremos— del juez del concurso para resolver al efecto de las cargas vinculadas al concurso, de la sujeción de los acreedores a este y por tanto perdiendo la garantía que pudieran tener constituida en procedimientos judiciales o administrativos, o negocios privados, respecto de dichos bienes por su sujeción a los principios concursales y esencialmente a la “*par conditio creditorum*” y los términos de dicha autorización judicial, conlleva la afectación de las anotaciones de embargo o embargos acordados sobre dichos bienes o derechos en garantía de los créditos que ya se someten al orden de preferencias y privilegios o clasificación del proceso concursal.

## 2. La conservación de la empresa o actividad profesional como principio básico concursal

Como señala la doctrina<sup>36</sup> “la ley concursal institucionaliza de alguna manera la empresa, al defenderse su permanencia o continuación, porque se actúa no sólo el interés de los acreedores, sino el propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses” Si bien, “no se impone la obligación de continuar en el ejercicio de una actividad” que iría contra los principios constitucionales<sup>37</sup>.

La exposición de motivos de la LC recoge esa referencia al señalar que “la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede

ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución. Aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”.

Por ello el artículo 43.3 LC se refiere a los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, remitiéndonos al artículo siguiente; y en este parte de un principio básico en el nuevo derecho concursal como es que “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”.

Las posibilidades abiertas por el juego de ambos preceptos nos permiten distinguir entre actos de disposición inherentes a la actividad empresarial o profesional del deudor, actos propios del giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad en condiciones normales de mercado y otros supuestos como el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, el cese o la suspensión, total o parcial de esta o la venta de unidades productivas e incluso de la totalidad de la empresa.

## 3. La Universalidad del concurso

La universalidad del concurso se manifiesta en las secciones primera, tercera y cuarta del mismo (art. 183 LC) y se positiviza en numerosos preceptos de la Ley Concursal. Su manifestación más emblemática se puede encontrar en el marco del artículo 76 de la Ley Concursal que aparece intitulado como “principio de universalidad” para determinar que, salvo concretas excepciones, “constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento”.

Aunque se trate de avanzar posiciones que posteriormente se desarrollarán, conviene desde ya señalar que ello hace que —en referencia a las cargas vinculadas a dichos bienes y respecto de los créditos que sean afectados por el concurso— el juez del concurso se convierta en competente, respecto de los mismos, para conocer de los negocios que tengan que ver con dichos bienes y derechos, incluidos en estos aquellos que se garantizan en anotaciones o embargos dictados por otros órganos jurisdiccionales o administraciones públicas que estén vinculados o afectados por el propio concurso.

El principio de universalidad también se recoge en el artículo 10.1 de la LC al señalar el alcance universal del concurso principal, frente al territorial o secundario. Y se puede obtener de las competencias atribuidas al juez del concurso en el artículo 8 de la Ley Concursal.

En líneas generales la exposición de motivos de la LC recoge el mismo al señalar que “la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideren de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo

<sup>35</sup> Cuestión interesante que debemos tener en cuenta puesto que la propia solicitud y autorización posterior puede establecer medidas respecto de las anotaciones existentes. En términos de RIVAS TORRALBA R. (Anotaciones de embargo. Barcelona (Atelier), 1999, pág. 494): La prioridad o rango hipotecario, por su parte, deriva del orden registral de los asientos, pero también de la voluntad de los particulares en cuanto (a diferencia del privilegio y con mayores o menores limitaciones) es negociable. En tal sentido la RDGRN de 26 de marzo de 1999 cuando afirma que “El rango registral de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un Derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo, y, si bien es cierto que en determinadas hipótesis se admite una denominada alteración paccionada del rango hipotecario...no lo es menos que ello presupone el consentimiento del titular del Derecho postpuesto...sin que en ningún caso puedan los otorgantes convenir que el nacimiento o la modificación de un Derecho preexistente se entienda operada jurídicamente y frente a todos desde un momento anterior...la prioridad registral determina que entre los derechos reales que no sean incompatibles el que primero acceda al Registro prevalecerá íntegramente sobre el posteriormente inscrito, en tanto no medie la rectificación del asiento anterior, lo que precisará el consentimiento del titular respectivo o la oportuna resolución judicial”.

<sup>36</sup> A. TAPIA HERMIDA. “La gestión de la masa activa” (art. 43) en Sánchez-Calero/Guilarte Gutiérrez. *Comentarios a la Legislación Concursal*. Valladolid (Lex Nova), 1, pág. 800.

<sup>37</sup> Artículos 35 y 38 de la Constitución Española.

órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión”.

#### 4. La vis atractiva del concurso<sup>38</sup> dirigida a la consecución de los anteriores principios

La denominada y discutida “*vis atractiva del concurso de acreedores*” tiene manifestaciones internas en el proceso concursal y otras externas al mismo pero motivadas por este. Entre las primeras los artículos 8 y 51 de la LC ponen de manifiesto la posibilidad abierta respecto del conocimiento, por parte del juez del concurso, de todos aquellos procedimientos que puedan afectar al patrimonio del concursado en protección de la integridad de la masa activa. También las diferentes fases del proceso determinan una afectación importante. Así se puede ver en las fases de convenio o liquidación. Con el primero se pueden vincular los bienes a propuestas de enajenación o de continuidad de la actividad (art. 100 LC) vinculando al deudor, a los acreedores ordinarios y subordinados respecto de sus créditos (134 LC), con eficacia novatoria (136 LC) en la mayoría de los casos. Incluso en el supuesto de las excepciones previstas por la norma como pueden ser los acreedores que no voten a favor del régimen de la masa activa les vincula plenamente. Así el artículo 134.2 LC recoge que “*los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable*”. Por otro lado el artículo 135 LC recoge que “*los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas*”. En ambos supuestos, sin embargo, la vinculación del convenio se manifiesta en el marco de la masa activa por cuanto los bienes y derechos del concursado quedan incorporados y permanecen en el proceso concursal hasta su cumplimiento (o incumplimiento) manifestándose esa no vinculación sólo respecto de los derechos totales de la deuda o del crédito contra el concursado, obligados solidarios, fiadores o avalistas. La fase de liquidación parte de un plan de liquidación aprobado con participación de todos los personados con vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (146 LC) y materializándose en una “*ejecución colectiva*” tal y como se recoge en el artículo 57.3 LC. Esta ejecución colectiva incluye la totalidad de los bienes y derechos sin excluir más que las excepciones legales.

El artículo 100 de la LC permite (apartado 2.2º) que la propuesta de convenio contenga proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio.

Se prohíbe, por otro lado, la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos.

<sup>38</sup> Vid al respecto: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *La Vis Atractiva del proceso concursal*. Madrid (Civitas) 2007.

Hace referencia el precepto a enajenación de bienes afectos o unidades productivas sin referirse a bienes no afectos que entendemos puede ser válida a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.5º LC en tanto permite atender al cumplimiento del convenio con recursos generados por la continuación, total o parcial, de la actividad.

Las propuestas de gravamen se recogen expresamente en el párrafo segundo del artículo 100.5 LC. El convenio decidirá la forma de enajenación o gravamen aunque con las limitaciones recogidas para los bienes y derechos afectos.

La enajenación se ampara en los términos aprobados por el convenio y las cargas y gravámenes posteriores a la declaración de concurso se deberán cancelar, en virtud de dicha operación y de la cancelación, por ejecución del convenio, de la inscripción de declaración del concurso. El convenio se extiende en los términos previstos en el artículo 134 de la Ley Concursal y produce eficacia novatoria en los términos del artículo 136 de la LC. Los créditos privilegiados cuyas anotaciones sean posteriores en virtud del artículo 24 LC deberán igualmente cancelarse incluso aunque no hubiesen votado a favor (134.2 y 135 LC) aplicando el marco de los artículos 55 y 56 de la LC por cuanto se someten al contenido del convenio. En cuanto a las cargas y gravámenes anteriores a la declaración del concurso deberemos distinguir los supuestos de créditos con privilegio especial del resto. Estos últimos deberán cancelarse como criterio genérico. Los primeros es evidente que el cumplimiento del convenio parte de que “*sólo quedarán vinculados al contenido del mismo si hubieren votado a favor o se hubiesen adherido*”. Ello no obsta a que el convenio deba recogerlos y pagar sus respectivos créditos en la forma de quita y espera pactados. Entendemos que el régimen deberá observar lo señalado para el artículo 155.3 LC. La publicidad registral del Convenio se prevé para el supuesto del convenio anticipado en el artículo 109.2.2º LC respecto de la sentencia que lo apruebe y en el artículo 132 respecto del ordinario. También se recoge en el artículo 141 LC para la publicidad del auto de declaración de cumplimiento del convenio.

La enajenación de bienes en la liquidación parte de la consideración de la liquidación concursal como ejecución colectiva concursal y de esta forma el sistema de pago deberá realizarse en la forma prevista en los artículos 154 y ss de la LC. El plan de liquidación determinará, entonces, la forma de enajenación o realización. Los bienes y derechos que garanticen créditos privilegiados se someten a lo previsto en el artículo 155.3 LC. La liquidación colectiva supone la cancelación automática de las cargas anteriores y posteriores a la declaración del concurso en relación a los bienes y derechos que se realizan, de cualquier forma, y por los créditos sujetos a la disciplina concursal, puesto que supone el sometimiento de todos los créditos reconocidos a dichas reglas liquidatorias. El Juez del concurso asume la competencia de conformidad al artículo 8 de la Ley Concursal y por ello, salvo las excepciones previstas, también asume dicha competencia para cancelar dichas cargas aunque hubiesen sido adoptadas por otro juzgado. Las reglas del artículo 148 y 149 de la LC son una verdadera ejecución colectiva respecto de bienes gravados por otros juzgados o administraciones en algunos casos y por ello se produce una pérdida, *ipse legis*, de la competencia de los citados juzgados a favor de la competencia colectiva del juzgado que tramita el concurso.

Desde el segundo punto de vista la existencia de otros procedimientos en donde se pueda estar discutiendo apartados de la masa activa son “*intervenidos*” modificando la inicial constitución de partes en la litis (arts. 51 y 54 LC).

## V. UNA NUEVA REFORMA QUE AFECTA A LA LÍNEA DE FLOTACIÓN: LA CAUSA

El RD 3/2009, de 27 de marzo (última de las reformas concursales) afecta sin duda a la línea de flotación de los elementos esenciales del contrato y en concreto a la contraprestación (causa) derivada del mismo en virtud de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La introducción de un nuevo apartado en el artículo 92, viene a ser constitutivo de una nueva situación en las relaciones bilaterales por cuanto señala que es posible sancionar con subordinación los créditos de la contraparte cuando esta obstaculice de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

En el citado precepto será necesario que exista un informe de la administración concursal y por ello una petición de la misma y una decisión judicial que así se pronuncie. Pero será necesario también que se respete el principio de defensa y contradicción y que exista un perjuicio del interés del concurso. Por ello parece (art. 192 LC) que la vía más adecuada será, sin duda, el incidente concursal, puesto que supone una mutación de la calificación que pudiera haberse dado.

Sin embargo, y al margen de lo dicho, lo cierto es que lo que supone un derecho de crédito con una calificación concreta se puede convertir en un crédito calificado de forma diferente en una subordinación judicial<sup>39</sup>.

## VI. OTROS SUPUESTOS AFECTADOS

No haciendo referencia la Ley a los contratos *intuitu personae* la doctrina considera la vigencia de los mismos bajo el principio de continuidad en la actividad profesional y por el hecho innovador de no proceder a la extinción de todas las obligaciones y la liquidación como regla.

Cabría hacer referencia aquí a lo dispuesto en los artículos 1700.3º del Código Civil en referencia al contrato de sociedad civil que reputa causa de extinción de la sociedad la insolvencia de cualquiera de los socios. La sociedad se extingue, entonces, por la insolvencia de cualquiera de ellos. Se exceptúan las sociedades que deban subsistir con arreglo al código de comercio y por tanto aquellas que tienen naturaleza mercantil (art. 116 del Código de Comercio). La razón esencial la encontramos, en cuanto a la extinción, en la universalidad derivada de la masa activa y por tanto la necesidad de que los bienes y derechos pertenecientes al concursado, tras la disolución, pasen a la misma en el concurso.

El artículo 222 del Código de Comercio, determina, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal<sup>40</sup> que la apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos conlleva la disolución de las compañías colectivas y en comandita.

Junto a estos supuestos podemos igualmente referirnos a otra serie de relaciones contractuales que vendrán afectadas, pasiva y activamente, por la declaración de concurso y que recoge, como normativa especial, la disposición adicional segunda de la Ley Concursal. Estas especialidades se concretan en la aplicación de determinadas normas cuando el operador

<sup>39</sup> Aunque se ampara en la norma lo cierto es que dicha subordinación no nace por la ley ni por la voluntad de las partes, sino que se ampara en la ley para constituir una verdadera subordinación judicial.

<sup>40</sup> Disposición final segunda, apartado 4 de la ley Concursal.

afectado, según los casos, sea una entidad de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. Se trata de un régimen especial aplicable a dichas entidades cuando se encuentran en situación de insolvencia que no es, ni mucho menos, un régimen concursal especial sino que están sometidas al régimen concursal común con ciertas excepciones<sup>41</sup>, pero también es un **conjunto de normas que particularizan determinados contratos u operaciones dotándolos de especialidad** cuando intervienen dichos operadores en situaciones concursales de aquellos con los que contratan u operan; especialidad que se refiere a la excepción respecto de las reglas generales que para todo concurso se darían respecto de dichos contratos u operaciones cuando se realizan entre sujetos en los que no esté presente dichas entidades.

## VII. CONCLUSIONES

La práctica judicial parte, sin embargo, del caso concreto, en tanto este determina resoluciones que aparentemente pueden parecer contrarias pero que sin embargo tienen, bajo sí, elementos de fundamentación importantes basadas en lo fáctico.

Aunque resultan y resaltan algunas de estas resoluciones, lo cierto es que la idea esencial que prima es, bajo los criterios generales antes señalados, la necesidad de adecuar los principios básicos del derecho en general a las relaciones contractuales conciliando los pocos preceptos que la norma concursal recoge con las bases esenciales de las relaciones negociales, de la libertad de contratar y de la libertad contractual.

No obstante lo anterior se ha mostrado esencial, tras estos cinco años de vigencia de la ley concursal, la necesidad de una regulación más completa que recoja los supuestos de consumidores, compradores de viviendas, relaciones unilaterales, afectaciones hipotecarias de las familias, competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de las reclamaciones contra sus deudores, avales, acción directa (1.597 LC), relaciones postconvenio, etc. etc.

El primer paso, la afectación contractual, ya está dado con la nueva normativa y es, sin duda, un gran avance respecto de la normativa anterior. La anunciada reforma completa que señala el preámbulo del RD 3/2009, debería —cuanto menos— abordar esta temática y estas afectaciones con serena pero completa regulación tomando en consideración los principios concursales que —al parecer— son los primeros que dejan de primar cuando el resultado no es civilmente admitido.

<sup>41</sup> En el mismo sentido R. LARGO GIL en Comentarios a la legislación concursal, pág. 1773. Dir. JUANA PULGAR EZQUERRA, GUILLERMO ALCOVER GARAU, ALBERTO ALONSO UREBA Y CARMEN ALONSO LEDESMA.

**sección de  
consumidores y  
usuarios**



# Incumplimientos de los contratos de compraventa

**Emilio Palacios Muñoz**  
Agogado  
[www.palacioslegal.com](http://www.palacioslegal.com)



## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Generalidades

- Nos encontramos ante uno de los temas fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico. Vamos a intentar ir directamente al núcleo de la cuestión procurando analizarla desde una perspectiva actual.
  - Nos centraremos en la compra de inmuebles y los posibles *incumplimientos del vendedor*, dada la ubicación de esta ponencia, pero sin olvidar que también existen supuestos de incumplimiento del comprador (en la actualidad incluso muy "ligados" a las mismas causas que las del vendedor).
  - Desde este instante hay que tener en cuenta una distinción importante:
  - Diferenciar las cuestiones de orden civil (incumplimiento) y las de orden administrativo (sanciones).
- A lo largo de la exposición iremos haciendo referencia a esta circunstancia.
- *Por la actual situación económica pensamos que lo que mas nos puede interesar es el apartado relativo al retraso en la entrega.*

### 2. Distintos incumplimientos y las acciones

#### (I) LOS INCUMPLIMIENTOS LOS PODEMOS CLASIFICAR EN:

- a) Los *incumplimientos genéricos* del Art. 1124 CC.
- b) Los relativos a la *cabida* de la finca por error de calculo en el momento de la conclusión del contrato. Arts. 1469 CC. y ss CC.
- c) Los derivados de los *defectos constructivos*. (Art. 1484 y ss CC. Art. 1591 CC. y LOE).

#### (II) LOS ANTERIORES INCUMPLIMIENTOS, EN SENTIDO GENERAL, DAN LUGAR A LAS SIGUIENTES ACCIONES DE LAS PARTES:

- a) Los del 1124 CC, que después analizaremos con detalle, a exigir el cumplimiento o la resolución con posible indemnización en ambos casos.
- b) Los de diferencia cabida por error de calculo al concluirse el contrato, a la resolución del mismo o minoración del precio.
- c) Los de defectos constructivos, a las acciones edilicias (*Redhibitoria* o *quantum minoris*) en caso de vicios ocultos (Arts.1484 y ss CC) y a las de reparación o indemnización (acciones de garantía de los Arts., 1591 CC y LOE).

## II. SUPUESTOS CONCRETOS

### 1. Cuestión Previa: La entidad

- Aunque son cuestiones notoriamente sabidas, antes de entrar en materia es preciso tener en cuenta respecto al Art. 1124 CC que:
  - \* La resolución solo puede solicitarla quien ha cumplido con su obligación.
  - \* Ha de existir un propio y verdadero incumplimiento, sin que baste aducir el de prestaciones accesorias o complementarias.
  - \* Se necesita una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo (aunque no doloso).

- \* Es suficiente para la resolución la evidencia de la frustración del fin del contrato. *El llamado "aliud pro alio" o ineptitud del objeto para el uso que debía ser destinado (por todas STS 14.02.07).*

### 2. Sobre el objeto

#### A) Información que debe facilitarse al comprador

- *Normas destacables:*
- El Real Decreto **515/1989 de 21/Abril**, ya estableció la información a facilitar a los compradores de viviendas.
- Posteriormente, en Andalucía, el Decreto **218/2005 de 11/Octubre**, en desarrollo de la Ley **13/2003 de 17/Diciembre de DPCUA**, ha profundizado sustancialmente en esta materia.
- Resaltamos de este D 218/05, a los fines que nos ocupan:
  - (1) El llamado DIA (Documento Informativo Abreviado en la venta de viviendas en proyecto o en construcción. Art. 6)
  - (2) La nota explicativa del precio (Art. 8).
  - (3) Información y documentación previa a la firma del contrato (Art. 9). *En su apartado 4 permite diferir la entrega de la documentación.*
- Tenemos también, obviamente, el Real Decreto Legislativo 1/2007 (nueva LGDCU).

#### B) Especial referencia a la descripción del inmueble

El referido Art. 6 del D 218/05 respecto a la descripción del inmueble hace mención a:

- \* Necesidad de *plano general* de emplazamiento de la vivienda y plano de planta de amueblamiento acotado (escala mínima 1:100).
- \* Superficie *UTIL* de la vivienda.
- \* Descripción de la finca y sus anejos (suministros).
- \* Descripción general del edificio, zonas comunes, urbanización etc.
  - Aunque realmente no especifica como debe ser la descripción, lo cierto es que ya el Art. 9.1 LH estableció que era necesario hacer constar los linderos y superficie para la inscripción. Esta necesidad "antigua" nos puede servir de base, aunque como actualmente se exige administrativamente la incorporación del *plano*, el posible problema de identificación posterior queda absolutamente salvado.
  - No debemos en ningún caso perder de vista que estas son obligaciones, en principio, de orden administrativo, pero que tienen, sin duda, trascendencia civil, máxima en la actual situación.
  - Precisamente la profundización normativa en la necesidad de delimitar el objeto dota a este, si cabe, de más importancia aun dentro de la compra de inmuebles.

#### C) La llamada falta de identidad del objeto

- Nosotros vamos a centrarnos en el incumplimiento mas común en el caso de los consumidores consistente en que la vivienda finalmente construida difiere de la *superficie* prevista en el documento privado (plano) y la memoria de *calidades*, publicidad etc.

- Respecto a la **SUPERFICIE**, es digna de mención la **STS 7.12.2006** (se remite a otra anterior de 20.03.2002) que nos viene a decir, en síntesis, que la diferencia de metros construidos entregados con los reflejados en el documento privado supone un *cambio cualitativo equiparable al "aliud pro alio"* pues la entrega de la prestación debida constituye un *prius* que no debe confundirse con la "aleatoriedad", dentro de ciertos límites, del "cuerpo cierto". En el caso, se trataba de una delimitación de cabida que no podía ser objeto de entrega y que tenía carácter esencial del contrato.

No obstante, el comprador optó únicamente por pedir una indemnización consistente la rebaja proporcional del precio en función a los metros no recibidos, que le fue concedida.

- La **STS (I) de 5/05/2008** proclama:

*"Es por ello que cuando como aquí acontece, se pretende lograr una revisión del precio ante la existencia de diferencias entre la extensión efectiva de la finca al perfeccionarse el contrato y la que es objeto en el momento de la entrega, la respuesta no puede hallarse fuera de la regulación específica contenida en los artículos 1469 a 1472 del Código Civil —Sentencias de 30 de enero de 1998 y 24 de octubre de 2000—, donde se incluye un plazo de prescripción más breve —es de seis meses— que el de quince años de las acciones personales".*

*Se trata de un supuesto de finca rústica. No de venta de vivienda sobre plano.*

- La **SAP Valencia (XI) de 11/01/2008** estima solo parcialmente la indemnización por entrega de vivienda con menor cabida de la pactada pues el contrato privado suscrito lo es de una *vivienda todavía no construida*, sobre proyecto técnico aprobado, con reserva por la vendedora del derecho a *efectuar las modificaciones* que fueran autorizadas y viniesen motivadas por exigencias técnicas, jurídicas o **comerciales** durante la ejecución.

Es importante esta resolución pues admite la posibilidad de cambios en la superficie aun solo por motivos comerciales.

- Es evidente que para acudir a la resolución debemos estar ante una *diferencia* de metros significativa y que haga inservible la cosa para su uso (puede servir de referencia el 10% del **Art. 1469 CC.**) Este **Art. 1469** queda reservado para los *supuestos del mero error de calculo en el momento de la conclusión del contrato, no a una divergencia entre lo pactado y posteriormente entregado tras la construcción (en estos supuestos acudimos al Art. 1124 CC)*. Actualmente el 1469 CC opera básicamente en fincas rústicas.
- En cuanto a las **CALIDADES** pactadas y/o publicitadas son numerosas las sentencias que las integran en el contrato en base a la LGDCU.
- Por reciente, citamos la **SAP ALICANTE (VIII) de 18/07/2008** que además de establecer que la publicidad es elemento del contrato, reconoce una indemnización por daño moral.
- La necesidad (aunque introducida por normas administrativas) de identificar totalmente el objeto tiene incidencia en el ámbito civil y, en principio, parece evidente que el incumplimiento de dicha normativa no solo supondrá una sanción administrativa sino una posible sentencia desfavorable para el vendedor en vía civil.

### 3. Retraso en la entrega

- Como hemos dicho al principio, dada la actual situación creemos que es la parte mas importante de esta exposición.
- El retraso en la entrega es uno de los supuestos típicos de incumplimiento del Art. 1124 CC., siéndole, en consecuencia, plenamente aplicable lo dicho hasta el momento sobre este precepto.
- Vamos en primer lugar a citar determinada jurisprudencia sobre el **retraso en la entrega en sentido general** para posteriormente analizar los supuestos de falta de licencia y dar nuestra opinión al respecto.
- **STS 07/06/2005**, admite que un retraso de 5 meses no es incumplimiento.
- **SAP MADRID (IX) 27/06/2008**, el retraso en mas de 6 meses es incumplimiento.
- **SAP MADRID (XII) 19/03/2008**: Retraso de 12 meses es incumplimiento.
- **SAP MALAGA (IV) 28/09/07** viene a decirnos que un retraso de 4 meses no es incumplimiento y que incluso 11 meses con solo movimientos de tierras tampoco, aunque hay que destacar que lo achaca a falta de prueba.
- **SAP MALAGA (IV) 22/05/07**, citando la STS 26/09/02 reconoce que 11 meses en la entrega es causa de resolución por incumplimiento.
- **SAP MALAGA (V) 28/06/07**: Un retraso de 16 meses es incumplimiento.
- Según *nuestro criterio*, si tenemos en cuenta que el D 218/2005 establece en su Art. 6.1.n) que debe informarse de la fecha de entrega, al menos el **trimestre** y el año, parece evidente que un retraso de 3 meses no debe considerarse incumplimiento. Si esto lo unimos a la jurisprudencia citada (ninguna hace mención a esta norma), es posible que el vendedor interprete que esos tres meses pueden añadirse a cualquiera de los plazos de 2 a 4 meses comentados anteriormente.
- En la actual situación, el comprador puede alegar que el vendedor debe cumplir en plazo y que si no lo hace optará por la resolución. *Sin embargo el vendedor también podrá hacer ver como causa justificable del retraso la posible falta actual de financiación, por ejemplo. Puede ser un círculo vicioso de no fácil solución pues no olvidemos que cualquiera de las partes que quiera acudir al 1124 CC debe haber cumplido previamente su obligación.*
- Como siempre, dependerá del caso concreto (siento la insistencia, pero es así) y también si se puede entender que han concurrido supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (lluvias importantes, huelga en el sector, etc.).

#### A) Referencia especial a la falta de licencia de primera ocupación

- Creemos que para analizar objetivamente esta cuestión es necesario tener claro desde un principio que, a nuestro entender, la necesidad de dicha licencia es una cuestión eminentemente administrativa, aunque es cierto que normas civiles hacen referencia a ella.
- Previamente hemos de decir que la licencia tiene por finalidad principal comprobar que lo construido coincide con lo proyectado.
- La *normativa ADMINISTRATIVA* destacable al respecto es:
- Art. 1.10 Real Decreto **2187/1978, de 23/06 RGU**, solo establece que la primera ocupación está sometida a licencia.

- Art. 2 del **Decreto 283/1987 de 25 de noviembre, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía**, que textualmente dice:  
"Las Empresas suministradoras de los servicios de agua, gas, electricidad, y otros análogos, no podrán formalizar ningún contrato de suministro para edificaciones que vayan a ser objeto de primera utilización o de modificación en su uso, que no cuente con la preceptiva licencia municipal para tales conceptos".
- Art. 5.1.1 del **RD 515/1989**, que exige tener a disposición del consumidor comprador la licencia.
- Art. 9.1.b del **D 218/2005**, que establece que 3 días antes de la firma de la compraventa todo consumidor comprador debe recibir copia de la licencia de primera ocupación.
- Art. 169.e de la **Ley 7/2002**, de 17/12, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en parecidos términos al citado Art. 1.10 RGU.
- Art. 5 L **38/1999 de 05/11** de Ordenación de la Edificación que exige licencia para la ocupación de edificios de nueva construcción.
- **Art. 20 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la nueva Ley del Suelo**, según el cual:

*Para autorizar escrituras.. declaración de obra nueva terminada, [los notarios] exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.*

Es un precepto parecido al Art. 22 de la derogada LS 6/98 aunque aquel exigía la *preceptiva licencia*.

- Antes de continuar debemos advertir que hasta la promulgación de la norma estrictamente civil que vamos a citar a continuación la importancia de la licencia de primera ocupación no había alcanzado, desde el punto de vista contractual (civil) la importancia que tiene actualmente.
- La *normativa CIVIL* a destacar:
- **RD 1093/1997, de 04/07 (normas complementarias al RH y sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística).**

Sus Arts. 46, 48 y 53 hacen referencia a la necesidad de disponer de la licencia "que corresponda".

El Art. 51 se puede entender que dulcifica la obligación cuando permite la inscripción de títulos respecto a fincas en las que no conste declarada la terminación, con la salvedad establecida en el mismo.

En la practica ¿qué ha ocurrido? Pues que lo que parecía referirse únicamente a requisitos necesarios, en su caso, para la inscripción, algunos Notarios ya lo trasladaron antes de la LS 1998 a presupuestos para el otorgamiento de las escrituras de compraventa y, por tanto, ya había adquirido especial significado la licencia de primera ocupación como posible obligación contractual.

- Pero la pregunta es *¿la obtención de la licencia de primera ocupación en plazo es realmente una obligación contractual equiparable a la entrega?* o dicho de otro modo *¿cabe entrega sin licencia de primera ocupación?*

- Para contestar ambas preguntas (sin perjuicio, obviamente de contemplar lo expresamente pactado en cada contrato), hemos de acudir al Art. 1462 CC, que permite la entrega sin necesidad de escritura.
  - Parece evidente, y volvemos a la distinción resaltada al principio de esta exposición, que la normativa administrativa (tanto la protectora del consumidor como la puramente urbanística) ha entrado en la esfera del ámbito estrictamente civil.
  - Como dijimos, antes de dar nuestra opinión, veamos cierta *jurisprudencia* (alguna ya citada) al respecto:
  - **STS 25/06/1994**, estableció:  
*"las licencias en cuanto actos meramente administrativos municipales no pueden imponerse a los contratos civiles y menos tiranizarlos como se pretende, pues ello vendría a desnaturalizar la relación obligatoria y hacer dificultosas las exigencias de responsabilidades de constructores y promotores"*.
  - **SAP MALAGA (IV) 22/05/2007**: Reconociendo un retraso en la entrega de 11 meses solo concede indemnización por 2 al establecer *que no es creíble que careciera de agua y luz por el hecho de no disponer de licencia de primera ocupación y además reconoce haberse firmado la escritura sin dicha licencia*.
  - **SAP MALAGA (V) 28/06/2007**: *Sin licencia no se puede compeler a ocupar*.
  - **SAP MALAGA (VI) 02/05/2007**: *"El hecho de no haber obtenido licencia de primera ocupación no constituye per se un incumplimiento por parte del vendedor al tratarse de autorizaciones administrativas cuya concesión y autorización depende de factores distintos a los determinantes de las obligaciones contractuales entre las partes (quedando a salvo de esta afirmación aquellos casos en que dicha autorización administrativa se eleva a pacto inter partes)*.
  - **SAP MADRID (IX) 27/06/2008**: *"la obligación de entrega que impone al vendedor el artículo 1.462 del Código Civil, exige no sólo la entrega del bien, sino que dicha entrega exige que se haga de tal forma que el comprador pueda hacer uso de la cosa deba poder ser usada conforme a su destino, por lo que tratándose de la compraventa de una vivienda es necesario que ésta se entregue con todos los permisos y accesorios necesarios para servir a su destino, cual es su uso como vivienda, lo que implica que al llevarse a cabo la entrega, se esté en poder de todos los permisos y licencias para poder ser habitada, lo que exige de forma necesaria que se haya concedido la licencia de primera ocupación, lo que permite determinar que la vivienda cumple con todos los requisitos administrativos para ser habitada"*.
  - **SAP MADRID (XII) de 19.03.2008**: Establece que no es caso fortuito o fuerza mayor que la Gerencia de Urbanismo tarde en la concesión de la licencia.  
Hay que resaltar que en este caso se retrasó un año la solicitud y luego hubo también retraso en la subsanación de defectos solicitados por la Administración.
  - **STSJ MADRID (sala de lo contencioso Secc. IX) de 06/06/2006**: *Impone una sanción leve de 300,51 € por no contarse con licencia de primera ocupación de 9 viviendas de una promoción de 140, y deja claro que no se trata de dilucidar si hubo o no incumplimiento de un contrato civil*.
- NUUESTRA OPINION:**
- Volviendo a la doble pregunta formulada con anterioridad, nos encontramos con una jurisprudencia no unánime y, ciertamente, discutible.

- Es necesario tener en cuenta que una actividad realizada sin licencia no es necesariamente contraria al Ordenamiento Jurídico, sino únicamente está falta de la legitimación/homologación que supone la licencia (sabido es que cabe la retroactividad en esta materia al poderse legalizar actuaciones anteriores sin licencia). Es más, si está solicitada la licencia de primera ocupación y cumplidos correctamente los pasos previos no estaríamos en puridad ante actividad sin licencia.
- Nosotros creemos que la licencia que comentamos no forma parte de la obligación civil (salvo que expresamente se haya pactado como principal o esencial en el contrato).
- No obstante, a la vista de la actual normativa, es notorio que el comprador está en su derecho a exigir la obra para ocupar la vivienda pero, salvo pacto expreso en contrario, se podría entender como una prestación complementaria o accesorio.
- Teniendo en cuenta que cabe la entrega sin escritura (1462 CC), entendemos que la obligación esencial del vendedor (promotor) es concluir en plazo la obra, siendo la obtención de la licencia una cuestión administrativa.
- Nuestra tesis también se apoya en el Art. 6 LOE que establece cuando se entiende concluida la obra (vivienda a entregar). En esencia, con el certificado final de obra y más concretamente si queremos con la recepción por el promotor (mediante la firma del correspondiente acta o transcurridos 30 días desde la notificación por el constructor de la terminación).
- Es evidente que lo anterior es una relación en principio ajena al comprador pues respecto a este la obligación del vendedor (promotor) es entregarle la vivienda, pero civilmente estimo que puede entenderse cumplida la misma cuando esté acreditado que el objeto está concluido (aun a falta de la licencia de primera ocupación).
- Piénsese que los plazos para reaccionar contra las obras no legitimadas por licencia comienzan desde que se entiende terminada la obra mediante el certificado de finalización de la misma.
- Ahora bien, dicho lo anterior, también es cierto que normas de carácter administrativo, como hemos visto, han entrado de manera radical en la esfera civil y, por tanto, parece necesario que el vendedor cumpla la obligación de obtener la licencia de primera ocupación para no incurrir en incumplimiento contractual, aunque esto así no está exigido en ninguna norma civil ni administrativa.
- **Lo fundamental, por tanto, es la redacción de los contratos de compraventa y si se establece como obligación esencial la necesidad de contar con esta licencia.**
- Entramos aquí, soy consciente, en una posible confrontación interpretativa pues se puede argumentar en contra que hay normas que exigen la licencia para escriturar e inscribir, pero también es cierto que:
  - a) Ninguno de ambos requisitos son estrictamente necesarios para la entrega.
  - b) Cabe la libertad de pactos si el consumidor, cierto es, queda perfectamente informado por una redacción clara del contrato.
  - c) El Art. 9.4 D 218/2005 permite retrasar la entrega de la documentación.

#### B) Nulidad de la licencia de obras

- Entramos ahora en una cuestión que aun cuando puede estar ligada (ser causa) de la anterior, entendemos que es un supuesto diferente.
- La nulidad de la licencia de obras creemos que hay que contemplarla en dos posibles escenarios:
  - a) La nulidad antes de la entrega del inmueble, en cuyo caso estaríamos, según nosotros, en un supuesto claro de incumplimiento del Art. 1124 CC pues no sería posible la entrega de la vivienda.
  - b) La nulidad posterior a la entrega.
- Sin duda, es esta segunda posibilidad la que plantea problemas de más difícil solución y a ella nos vamos a referir.
- Nuevamente nos encontramos con la diferenciación entre el ordenamiento administrativo y el civil, en este caso incluso podemos hablar de confrontación.
- En efecto, el Art. 34 LH protege al tercero que de buena adquiera e inscriba en el Registro su derecho.
- Sin embargo, la normativa administrativa contempla la demolición de las edificaciones cuyas licencias hayan sido declaradas nulas (construcciones ilegales).
- **La STS (Sala III Secc. 5ª) de 06/02/2007 (rec. 2135/2004)**, establece:
 

*"como dijimos en la sentencia de 12/05/2006, dictada en el recurso de casación número 10190 de 2003, los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerle así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976".*

(ahora sería el Art. 19 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la nueva Ley del Suelo).
- Como vemos, la jurisprudencia mas reciente aboga por la no aplicación del Art. 34 LH y la sustitución de la propiedad (o el objeto de esta, usando su terminología) por una indemnización. Nosotros pensamos que esta solución puede ser contraria a los intereses de los compradores máxime en casos de insolvencia de las promotoras (cuando sean estas, además, las que deban indemnizar, y no la Administración).

- La sentencia citada, desde nuestro punto de vista, mezcla el término “derecho” con “la cosa objeto del derecho”, provocando a nuestro modesto entender una confusión que no es fácilmente admisible en todos los supuestos (máxime en aquellos en que la nulidad de la licencia sea por causa de la propia Administración, no del vendedor).
- En cualquier caso, de seguirse la tesis que mantiene la última jurisprudencia, quizás sería aconsejable la modificación del Art. 34 LH contemplando este supuesto (se trata de uno de los preceptos capitales de nuestro ordenamiento hipotecario).

#### 4. Defectos constructivos

- Llegados a este punto y teniendo en cuenta que hay una ponencia específica sobre esta materia creo más oportuno pasar directamente a analizar la indemnización, no sin antes, dejar apuntadas unas breves notas sobre los defectos constructivos:
- *Acciones edilicias* (rehibitoria o rescisoria y *quantum minoris*) que se pueden ejercitar en el plazo de caducidad (no prescripción) de 6 meses desde la entrega. Son los supuestos de vicios ocultos contemplados en los Arts. 1484 y ss CC.
- *Acción del 1591 CC*, para *edificaciones* cuya licencia de obras se hubiera solicitado antes del 06.05.2000. Se trata de un plazo de garantía de 10 años y de prescripción 15 años.
- *Acciones de la LOE*, para *edificaciones* cuya licencia de obras se hubiera solicitado después del 06.05.2000.  
Años de garantía (Art. 17):  
\*10 para daños de estabilidad.  
\* 3 para daños de habitabilidad.  
\* y 1 para daños de terminación o acabados.

Hay un único plazo de prescripción común de 2 años desde que se produzcan los daños. (Art. 18).

### III. LA INDEMNIZACIÓN: ¿DAÑO MORAL?

- Por su obviedad no es preciso profundizar en la *necesidad de acreditar* los daños y perjuicios para que estos puedan ser reconocidos en sentencia.
- Los daños y perjuicios **ESTRICTAMENTE MATERIALES** en el supuesto, por ejemplo, de retraso en la entrega de vivienda pueden ser el precio del arrendamiento efectivamente abonado durante el tiempo que se ha estado privado de la misma.
- En este sentido se ha pronunciado innumerable jurisprudencia, alguna ya citada. Por todas, **SAP MADRID (IX) de 24/01/2008** a la que haremos nuevamente referencia a continuación.
- No obstante, si tenemos en cuenta, como vimos antes, que el D 218/2005 establece en su Art. 6 que debe informarse al comprador de la fecha de entrega, al menos el **trimestre** y el año, parece evidente que un retraso de 3 meses no debe considerarse incumplimiento y por tanto este plazo podría intentar descontarse del plazo de arrendamiento a indemnizar (incluso puede no ser descabellado pensar en sumarlo a los declarados por la jurisprudencias que no suponen incumplimiento —2 a 4 meses—, como ya comentamos).

- La cuestión digna de mención es la relativa a los **DAÑOS MORALES**.
- La jurisprudencia, como vamos a ver, no es unánime, aunque es preciso resaltar que, como observaremos, no contempla supuestos similares (se deniegan para casos de retraso y se conceden en los relativos al objeto).
- **SAP MADRID (IX) de 06/09/2007, (rec. 568/2006)**, establece:  
“Como señala la STS de 14 de julio de 2006 la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999).

La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (Sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (Sentencia de 6 de junio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (Sentencia de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, (Sentencia de 27 de enero de 1998), impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico (Sentencia de 2 de julio de 1999) (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000).

Ahora bien en el presente caso no cabe entender que proceda el resarcimiento por esta cuestión, dado que el hecho del **retraso en la entrega** de la vivienda puede implicar un daño patrimonial como se recoge en el fundamento de derecho anterior, **no cabe por el contrario entender que tal incumplimiento lleve a producir ese daño moral**, en la medida que tal retraso simplemente supone un mero incumplimiento de una obligación con los efectos de responder de los daños y perjuicios materiales realmente causado, y sin bien el hecho del retraso en la entrega de la vivienda implique cierta zozobra o inquietud, para que tal hecho se eleve a la categoría de daño moral, es necesario que tenga una cierta **intensidad o gravedad en la esfera de la persona**, lo que no cabe apreciar en el presente caso”.

- **SAP MADRID (IX) de 24/01/2008 (rec. 85/2007):**

“Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir cuando la lesión incide sobre bienes económicos a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

A tenor de lo manifestado, es claro que en el presente caso, y habiéndose indemnizado el daño patrimonial supuestamente sufrido (arrendamiento de otra vivienda), no puede prosperar la reclamación de daños morales, cuando no han sido objeto de prueba alguna, ni tan siquiera de exposición”.

- **SAP JAEN (I) de 10/04/2008:**

“Sin embargo para este Tribunal resulta innegable el quebranto moral que les produjo la imposibilidad de disponer de la vivienda que adquirieron con todas las **calidades** y prestaciones pactadas. Y no resultando excesiva la cantidad de 3.000 euros solicitada en el escrito rector de este procedimiento que es justamente la concedida por la sentencia apelada, no procede sino la confirmación de la misma también en este pronunciamiento”.

- **SAP ALICANTE (VIII B) de 17/07/2008:**

“Por último, y con relación al daño moral, hemos de considerar que se ha acreditado su existencia, inherente a la propia **frustración de no recibir lo que se había publi-**

*citado, agravado por la consciente ocultación que la vendedora efectuó de la cesión al Ayuntamiento de la casona y la posibilidad, por tanto, de que el uso que se fuera a dar pudiera afectar a la exclusividad que se publicitaba del paraje, de la urbanización y del entorno. Desde luego, la concreta forma en que se ha articulado la pretensión no resulta aceptable, debiendo ser sustituida por una cantidad a tanto alzado, que se fijará prudencialmente en seis mil euros”.*

- *Nuestra opinión* es que no concurren daños morales en casos de simple retraso en la entrega aunque, como siempre, habrá que estar al caso concreto pues en algún supuesto muy particular pudiera apreciarse.
- La cuestión puede ser más compleja en los supuestos de variación del objeto (distintas calidades etc.) pero entendemos que la sentencia citada desde luego no razona suficientemente la concurrencia del daño moral que debe quedar reflejado para supuestos mas intensos de la esfera personal.
- Estimamos que puede existir daño moral en el caso de privación de parte del objeto de la compraventa siempre que sea de una entidad importante (supuesto contemplado en la reciente SAP ALICANTE citada, aunque entendemos que ha debido razonarse más profundamente).
- Creemos que los daños morales no pueden utilizarse, como de ordinario se pretende, a modo de pena para el incumplidor.

\* NOTA DEL AUTOR: Esta es la versión escrita de la ponencia de dicho Congreso y he intentado mantener lo más posible el tenor literal de las diapositivas mostradas en la misma, por ello puede resultar un tanto esquemático el texto, pero creo que desde un punto de vista práctico (considero que es el que nos interesa a los Abogados), resulta posiblemente mas útil que si la hubiese retocado ex profeso para esta publicación, dado el tema concreto abordado donde lo fundamental es tener concentrada la dispersa normativa sobre la materia y la mas reciente jurisprudencia al respecto.

## sección de blanqueo de capitales





# Prevención de blanqueo de capitales y abogacía. Imputación objetiva\*

**Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles**

Profesor de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid  
Abogado

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación en la Universidad Complutense de Madrid que sobre las reformas penales y procesales es dirigido por el Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos, con número de referencia: SE.J2004-04504/Juri.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El Letrado corporeiza en su persona, mediante su actuación, el derecho fundamental a la defensa. En el artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía Española se habla, en un sentido amplio, de que “*el deber fundamental del abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados*”. “*En ningún caso*”, continúa el precepto, “*la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada*”.

En las denominadas “operaciones” contra el blanqueo capitales, cada vez es más habitual, empero, la imputación de letrados en ejercicio, como pretendidos colaboradores en los supuestos delitos de blanqueo de capitales cometidos por terceros, a quienes habrían asesorado ilícitamente. En particular, suele tratarse de abogados que prestan asistencia técnica en materia mercantil y fiscal.

2. Sin embargo, un análisis pausado de la situación judicial hace que pasemos de la espectacularidad de este tipo operaciones a —en muchas ocasiones— segundas sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en las cuales, casando fallos de instancia, se absuelve a abogados que venían siendo condenados por delito de blanqueo de capitales<sup>1</sup>. En este contexto, seguro que no por casualidad en derecho comparado ha establecido por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán que el parágrafo correspondiente al delito de blanqueo de capitales debe ser aplicado restrictivamente en el caso del abogado (reducción teleológica del precepto), en una “*interpretación conforme a la Constitución*”<sup>2</sup>.

En definitiva, se trata de la cuestión de cuándo el asesoramiento legal, que puede constituirse sin duda en un *favorecimiento* del lavado de dinero, o bien *ser aprovechado* para la comisión de estos delitos de blanqueo por parte de terceros, conlleva responsabilidad para el letrado.

En estos casos, una cierta práctica judicial —sobre todo instructora— se muestra poco proclive a explicaciones alternativas, propiciada sin duda por la actual regulación cada vez más expansiva en materia de blanqueo de capitales: si el abogado conoce que una determinada estructura societaria por él creada puede ser utilizada por su cliente para el blanqueo de capitales, debe responder; por su parte, este conocimiento al letrado es atribuido, de una forma indiciaria, con no siempre demasiada pulcritud: el cliente que no va a blanquear capitales

—se aduce— no necesita de complejas estructuras societarias<sup>3</sup>, luego el abogado que creó tales personas jurídicas —muchas de ellas, se dirá, incluso en el extranjero—, o el abogado que asesoró sobre determinados modos fiscales, también conocía —esa es la atribución que, en definitiva, suele hacerse— la finalidad última de las mismas, ergo: el blanqueo de capitales. La imputación, en esa práctica judicial, abarca también los supuestos no dolosos: si no hay prueba de tal conocimiento, pero debió haberlo conocido, el abogado también responde por el delito de blanqueo de capitales, siquiera sea en su modalidad imprudente; y aquí, de nuevo, la imputación de ese “deber conocer”, se realiza, a su vez, de una forma más bien intuitiva: el abogado debió tomar ciertas precauciones de conocimiento en vista de que el asesoramiento que prestaba, en abstracto, era susceptible de ser utilizado para lavar dinero.

3. Son muchos los problemas jurídico-penales que plantean para la discusión científica todos estos supuestos, de modo tal que en el marco de las próximas líneas sólo podrán ser tratados algunos de ellos. En particular, el análisis quiere centrarse en una visión de la problemática desde la teoría de la imputación objetiva y sus subinstitutos, destacando entre otros, uno de sus más recientes desarrollos jurisprudenciales: las denominadas “acciones neutrales” como institución dogmática, en su caso, explicativa de la ausencia de imputación.

## II. DE LA CONDITIO SINE QUA NON A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. En el supuesto habitual que quiere ser objeto de esta páginas, el abogado lleva a cabo actividades de asesoramiento y ejecución mercantil o fiscal, como, por ejemplo, la creación de estructuras societarias que finalmente resultan idóneas para el blanqueo de capitales (dejamos fuera de nuestro estudio la defraudación fiscal y otros delitos, aunque las soluciones que se obtengan deben ser igualmente aplicables a ellos). A veces, el Letrado es la persona que controla toda la denominada “estructura” societaria o mercantil, en el sentido de que, como es muy habitual en el ámbito anglosajón, es él y no el propio cliente, quien actúa como administrador de la sociedad —en muchas ocasiones, se trata de personas jurídicas simplemente tenedoras de patrimonio—.

La problemática supuestamente se agrava, para cierta doctrina —y más aún para la práctica judicial— cuando el Letrado conoce (dolo) o, al menos, alberga sospechas (“dolo eventual”) sobre la regularidad de las operaciones formalizadas en su despacho o con su colaboración o asesoramiento. En otros casos, parecería bastar con que pueda ser imputado al letrado un genérico deber de conocer, como apuntábamos *supra*, pues, entonces, dejando de lado los supuestos que a través de la figura del dolo eventual serán reconducidos al primero de los grupos (dolo), en todo caso el delito de blanqueo de capitales es también punible en su modalidad imprudente.

<sup>3</sup> Cfr. STS de 30 de marzo de 2007 (abogado y asesor fiscal), en la que se señala que el Tribunal a quo había tomado como indicios la supuesta existencia de “operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias”, así como “de un entramado societario y (...) la anomalía que supone acudir a ese medio para gestionar dos gasolineras”, criterio este último que, naturalmente, con razón, es descartado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia absolutoria.

<sup>1</sup> Vid. últimamente, SSTS 5 de octubre de 2006 (relativa, entre otros, a un abogado y al director de una sucursal bancaria); 30 de marzo de 2007 (relativa, entre otros, a un abogado y a varios miembros de su despacho, por ejemplo, un asesor fiscal); véase también, 1 de febrero de 2007; entre otras.

<sup>2</sup> BVerfGE 110, 226; cfr., por todos, Pérez Manzano, Mercedes, Los Derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales” — La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra 2005, págs. 789 y ss. (791 y ss.); Löwe-Krahl, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, ed. por Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas, Heidelberg 2004, XIII, número marginal 41 y ss. (excepción para el abogado defensor relativa al cobro de honorarios); Prasser/Winkelbauer en: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4.ª ed., Köln 2006, parágrafo 16, número marginal 33 y ss., parágrafo 51, número marginal 37 y s.

2. Pues bien, al respecto, se ha de partir de una premisa que debiera ser obvia y resulta básica: no todo “contacto” profesional con un cliente que haya podido actuar en el mercado de forma irregular o hasta delictiva, conlleva, ineludiblemente, responsabilidad jurídico penal de clase alguna para otras personas, como letrados, notarios, entidades bancarias, etc., quienes no obstante, sin duda, habrán tenido esos “contactos” con él. Tampoco, por ejemplo, los directivos de la empresa que suministra material de oficina a otra firma que actúa delictivamente, llevan a cabo comportamiento típico alguno, y qué duda cabe que la vinculación fáctica —que no normativa— entre ambas firmas en este ejemplo habrá existido o, en otras palabras, que el delito puede ser llevado a cabo, incluso necesariamente, mediante el empleo del material de oficina suministrado.

Ello apunta a una primera conclusión, que pudiera parecer asimismo obvia, pero que, como veremos más adelante, no lo es, ni mucho menos: la solución pasa siempre por descartar la aplicación de simplistas teorías causales, para, antes bien, centrar la problemática en su correcta sede de imputación objetiva. Y la relevancia de este punto de vista la adelanta su propia denominación: estamos ante una cuestión de imputación *objetiva*, de modo tal que los elementos fácticos subjetivos que pudieran concurrir en el supuesto de hecho —sumados a la mera relación causal— no han de ser tenidos en cuenta desde un correcto punto de vista normativo: desenfocan la perspectiva a adoptar.

3. En efecto, sólo desde la obsoleta teoría de la *conditio sine qua non*, que pretende elevar la imputación penal a meras relaciones causales, podría deducirse *per se*, equivocadamente, una responsabilidad para el letrado actuante, basada en el viejo y superado aforismo de que “*la causa de la causa es causa de lo causado*”: como quiera que a través del abogado (la causa última, como otras muchas, v.gr. el sistema bancario o hasta el sistema monetario) habría sido canalizada por el “cliente” (la causa más próxima) la operación investigada de blanqueo (lo causado), dicha causa última de la causa más próxima —el comportamiento del “cliente”— sería también, para esta ingenua teoría, causa de lo causado, es decir, existiría una corresponsabilidad del letrado.

O, en otras palabras, y por aplicar en toda su extensión la fórmula de la señalada *conditio*, como quiera que suprimida mentalmente la actuación del abogado, o hasta su existencia, desaparecería —en una imaginaria línea causal— también la operación realizada —al menos en la configuración concreta en la que ha sido llevada a cabo—<sup>4</sup>, el abogado mismo sería una condición del resultado, es decir, una causa de lo causado.

Si a todo ello —que configuraría este intuitivo tipo objetivo del delito— le es sumado, como pretendido tipo subjetivo, la atribución del conocimiento del abogado (dolo), o la imputación normativa de que al menos tuvo sospechas (“dolo eventual”), o, en fin, de que siquiera debió tenerlas (“imprudencia grave”), la responsabilidad penal para el abogado por el delito de blanqueo de capitales no ofrecería mayores dudas, para tan mecanicista como equivocada doctrina.

4. Sin embargo, dichas rudimentarias atribuciones de responsabilidad a través de la teoría de la *conditio sine qua non* —sumada a una cuasiautomática atribución de conocimien-

<sup>4</sup> Es de sobra conocido que los cursos causales hipotéticos son irrelevantes a estos efectos (por todos, Bacigalupo, Enrique, Principios de Derecho penal, Parte General, 4.ª ed. 1997, Madrid, pág. 175).

tos— hoy día y desde hace mucho tiempo ya —afortunadamente— no son acogidas por nuestra doctrina científica, ni por la jurisprudencia —ni aún menos por nuestro entorno jurídico europeo—, sino que han quedado a modo de reliquia histórica de cómo operaba el Derecho penal en épocas pasadas<sup>5</sup>.

No puede ser de otra forma, sobre todo en cuestión tan compleja como la del ejercicio profesional de un abogado en derecho mercantil en general, en la constitución de sociedades —más si ello se extiende al ámbito internacional—, en derecho financiero y tributario, etc. Qué duda cabe, que a la luz de una tan simplista como injusta teoría, no sólo el letrado sería causal y debería responder de actuaciones concomitantes o posteriores de terceros, sino otras muchas personas, e incluso entidades públicas estatales, respecto de las cuales a nadie se le ocurriría jamás ni tan siquiera el intento de deducir responsabilidad de clase alguna.

Bien al contrario, para un correcto tratamiento de la problemática ha de estarse a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, como ya apuntábamos, según la cual sólo se deduce responsabilidad penal por un resultado prohibido —aquí: el lavado— si, en primer lugar, ha sido creado un “*riesgo jurídicamente desaprobado*”, y, en segundo término —para el caso de que esta primera premisa obtenga respuesta afirmativa—, si “*ese riesgo jurídicamente desaprobado se ha concretado en el resultado prohibido por el Derecho Penal*”<sup>6</sup>.

Esta teoría general, a su vez, opera con el concepto de rol<sup>7</sup> y con una serie de subinstitutos particulares<sup>8</sup> que en su caso pueden exonerar de imputación a una determinada persona —aunque haya sido causal para el resultado—, como el denominado “*riesgo permitido*”, el “*principio de confianza*”, o la denominada “*prohibición de regreso*”, desarrollados por la doctrina y acogidos por la jurisprudencia, como limitadores precisamente de la imputación: cuando concurre alguno o algunos de estos subinstitutos (alternativa o cumulativamente), que iremos describiendo sucintamente en las próximas líneas a los fines de la cuestión aquí planteada, tanto doctrina como jurisprudencia son unánimes en afirmar que hay ausencia de imputación objetiva, es decir, que, aun cuando exista causalidad o relación de comportamientos o vinculación, el hecho no es objetivamente imputable a una determinada persona, a saber, en nuestro caso, al letrado actuante. Y todo ello —hemos de insistir y lo reiteraremos en las páginas siguientes— desde una perspectiva precisamente *objetiva*, es decir, con independencia de los conocimientos que pudiese tener el abogado (supuesto dolo), y, por ello, también, con independencia de los conocimientos que se diga que debía tener el abogado (supuesta imprudencia). En realidad, es que ni tan siquiera se llega al análisis de tales aspectos subjetivos, pues, una vez constatada la no imputación —la ausencia de vinculación normativa— entre el pretendido “autor” y el resultado acaecido, los mismos no interesan.

En efecto, ello es así —por ir introduciendo desde ahora los distintos conceptos—, cuando dicha persona pueda ampararse en que su actuación queda cubierta, en primer lugar, por el ya citado riesgo permitido, subinstituto que tiene en cuenta de modo genérico que nadie está exento de crear condiciones que pueden devenir en resultados prohibidos, lo cual no implica

<sup>5</sup> Por todos, Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 172 y ss., 174 y ss., 188 y ss.

<sup>6</sup> Véase, Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 188 y ss.

<sup>7</sup> Véase Piña Rochefort, Juan Ignacio, Rol social y sistema de imputación. — Una aproximación sociológica a la función social del derecho penal, Barcelona 2005, *passim*.

<sup>8</sup> Véase, Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 189 y ss., 191 y ss.; Cancio Meliá, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, México D.F. 2001, *passim*.

que haya sido sobrepasado el umbral del riesgo permitido o, vale decir, de lo socialmente adecuado. De igual modo, en segundo lugar, tampoco existe imputación objetiva del resultado cuando el sujeto puede mantener que ha obrado bajo los presupuestos del principio de confianza, substituto que habilita a que todos podamos confiar normativamente (no es una cuestión de mera confianza fáctica) en que el actuar de los demás va a mantenerse dentro de los límites permitidos por el Derecho, de suerte que no haber previsto medidas contra desviaciones delictivas no implica *per se* responsabilidad alguna. Y, por último<sup>9</sup>, tampoco habría imputación objetiva de un resultado al mero causante, cuando el sujeto pueda alegar encontrarse en un supuesto de prohibición de regreso, según el cual la responsabilidad penal no regresa más atrás en una ideal línea de responsabilidades de un comportamiento libre y voluntario, y así, un “acto neutral” no deja de serlo por el simple hecho de que el mismo sea desviado por un tercero con fines delictivos. Para terminar esta apretada síntesis, sea dicho también que estos tres substitutos no siempre muestran contornos bien definidos entre sí, pero ello no importa: la división en tres o más, o incluso una eventual miscelánea de ellos, carece de trascendencia más allá de una explicación con fines didácticos, pues todos estos substitutos no son sino manifestaciones de una misma teoría: la de la imputación objetiva.

A la luz de estos substitutos resulta claro que, desde luego, no siempre la intervención de un letrado en la operativa de blanqueo creada por un cliente suyo, tiene necesariamente que alcanzar el umbral de reproche penal, y ello, ha de insistirse, aunque tal actuación haya estado supuestamente presidida por un “deber conocer” por parte del abogado, o por sus “sospechas” o, incluso, por el conocimiento de ciertas circunstancias. Ese es precisamente el *quid* de la cuestión, su grandeza dogmática y rendimiento práctico, y su diferencia radical con la obsoleta teoría de la *conditio sine qua non*.

### III. LA CONFIGURACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO POR PARTE DEL LEGISLADOR

1. Qué ha de ser considerado riesgo permitido en relación a un determinado ámbito de actuación, es algo que varía a lo largo del tiempo<sup>10</sup>. Explicado con un sencillo ejemplo, hubo una época, en la que había más comportamientos dentro del riesgo permitido en el ámbito del tráfico viario, que en la actualidad. No es difícil acordarse de cuando el cinturón de seguridad era una excepción, o de cuando no existían *airbags* o, en fin, de los tiempos en que no había que someter los vehículos a la denominada “inspección técnica de vehículos”. O, por citar otros ámbitos de actuación, las normas particulares sobre riesgos laborales, sobre manipulación de alimentos, y otras, se constituyen en modernas configuraciones de lo que hayan de ser riesgos permitidos en dichos ámbitos (o, si se prefiere: riesgos prohibidos), en los que hace

<sup>9</sup> Existe un cuarto substituto: la “*autopuesta en peligro*” o “*actuación a propio riesgo*” —a su vez, objeto de distintas modalidades—, el cual, empero, no parece necesario que deba ser tratado aquí, por su falta de relación directa con nuestras reflexiones, al menos en la formulación habitual del mismo.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín 1991, 7/35 ss.; el mismo, en su traducción al español: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid 1995, págs. 243 y ss.; Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 189 y ss.; véase también, Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputación, cit., págs. 393 y ss..

años apenas existía regulación expresa alguna y hoy día, por la sensibilidad social existente, se intenta que nada o casi nada quede al arbitrio de quien en ellos se mueve y del juzgador; se quiere, por así decir, abrochar de la forma más precisa posible, hasta dónde llega el riesgo permitido y dónde comienza la responsabilidad o riesgo prohibido.

Mientras, otras veces, habrá que estarse a las normas consuetudinarias sobre la correcta actuación en un determinado oficio o profesión (*lex artis*) —la responsabilidad médica es un buen ejemplo de ello—, o, incluso, en otras ocasiones habrá que recurrir al juicio de valor hipotético de cómo habría actuado en el caso concreto, *ex ante*, un tercero prudente e imparcial (un buen y diligente padre de familia, un empresario responsable, o similar).

A grandes rasgos, la categoría del “riesgo permitido” nos dice que el hecho de causar un determinado riesgo, aunque se tenga conocimiento de que el mismo puede concretarse en un resultado lesivo, no implica necesariamente responsabilidad respecto de dicho resultado, aun en el caso de que el mismo, efectivamente, se produzca. *Ad exemplum* de nuevo: quienes construyen un automóvil y hasta quienes lo venden, etc., se constituyen en condiciones —causas— de un posible resultado lesivo que se derive del vehículo —muertes, lesiones, daños en otros automóviles, etc.—, e incluso estas personas, el fabricante, el vendedor, tienen conocimiento (“dolo”) de que ello puede ser así —pues de la mano de sencillas estadísticas se puede determinar con relativa seguridad qué tanto por ciento de automóviles vendidos causarán muertes, lesiones, daños en otros vehículos, etc.—; y, sin embargo, ni el fabricante ni el vendedor responden, por su simple actividad de fabricación, venta, etc. Dicho de forma breve, no toda causación de un resultado lesivo, aun con conocimiento probable del mismo, conlleva responsabilidad: no, cuando dicha causación se halle dentro del “riesgo permitido”.

2. Cuando un ámbito de riesgos se acrecienta o, por diversos motivos, adquiere la citada relevancia social, el legislador tiende a plasmar en normas concretas los límites del riesgo permitido. Esto es lo que ha sucedido en la problemática del blanqueo de capitales y la actuación del abogado y otros profesionales.

Así, el legislador del blanqueo de capitales se ha referido en diversas ocasiones al abogado como posible sujeto activo del delito, procurando agotar, con mayor o menor acierto<sup>11</sup>, los límites entre lo permitido y lo prohibido de la actuación letrada. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, en el Apartado 2 del art. 2 (reformado) establece que “*quedarán (...) sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan (...) actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capita-*

<sup>11</sup> Un apéndice legislativo completo, europeo, español e internacional, en: Álvarez Pastor, Daniel/Eguidazu Palacios, Fernando, Manual de prevención del blanqueo de capitales, Madrid y Barcelona 2007, 389 y ss.; también: Cobo del Rosal, Manuel/Zabala López-Gómez, Carlos, Blanqueo de capitales, — Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europea), Madrid 2005, págs. 141 y ss.; Palma Herrera, José Manuel, Los delitos de blanqueo de capitales, Madrid 2000, págs. 865 y ss.; la evolución legislativa también puede cfr. en: Abel Souto, Miguel, Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa española contra el blanqueo — Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003, La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n.º 20 (Estudios monográficos: Blanqueo de capitales), octubre 2005, págs. 5 y ss.; todo ello no es necesario que sea reproducido aquí.

les”, considerándose como tales, entre otros, a los “*notarios, abogados y procuradores (...)* cuando”: “— 1.º *Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (‘trust’), sociedades o estructuras análogas, o* — 2.º *Actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera e inmobiliaria*”.

Pues bien, tras señalar las obligaciones a las que quedarían sometidos los sujetos a los que la Ley se refiere —entre ellos, como decimos, los abogados—, como la de identificación de clientes, la de conservación de documentos durante cinco años, etc., y, sobre todo, en el apartado 4., la de “*colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*”, el legislador también ha querido acotar estos deberes positivos: “*No estarán sujetos a las obligaciones establecidas en este apartado 4 los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos*”. A continuación, se recalca: “*Los abogados y procuradores guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente*”<sup>12</sup>.

Por tanto, respecto del caso concreto de los abogados, la sola lectura de estas disposiciones deja bien a las claras que, ni muchos menos, su posición de garante se extiende a toda su actuación, sino, antes bien, que queda circunscrita de forma taxativa en la Ley a los supuestos mencionados, en un doble sentido: toda actuación que respete tal normativa, cae dentro del riesgo permitido, aun cuando pueda dar lugar, aprovechada por terceros, a un delito de blanqueo de capitales; y, toda actuación letrada que no respete tales postulados, se halla fuera del riesgo permitido, lo cual, empero, no conlleva ya de forma directa responsabilidad: se habrá cumplido la primera premisa de la fórmula de la imputación objetiva —la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado—, pero habrá que comprobar todavía que tal riesgo jurídicamente desaprobado se ha concretado, en su caso, en el resultado prohibido. En efecto, por recurrir de nuevo al respecto a un gráfico ejemplo, quien sobrepasa el límite de velocidad se comporta fuera del riesgo permitido, pero si en tales circunstancias “atropella” a un suicida que se arrojó bajo las ruedas de su vehículo, de todas formas no podrá decirse que el riesgo jurídicamente desaprobado por él creado, se concretó en el resultado prohibido (la

muerte del suicida). Sobre este segundo aspecto de la fórmula de la imputación objetiva, en relación con el delito de blanqueo y el actuar del abogado, volveremos, pues, más adelante, en particular al hablar del principio de confianza.

III. Por lo que hace al primero de los aspectos —la creación del riesgo prohibido por parte del abogado—, sin duda que ciertas actuaciones de los letrados pueden y deben, en su caso, quedar amparadas, con efectos exonerantes, mediante la figura del riesgo permitido, que acaba de ser esbozada. Ello quiere decir que, aun existiendo un efectivo lavado de capitales, el letrado que no obstante respetó la normativa citada *supra*, así como todos aquellos que, de una manera u otra, intervinieron en la cadena causal, a pesar de ser todos condiciones del resultado, no habrán de responder por tal resultado lesivo, si no sobrepasaron los límites del riesgo permitido. Y ello, a pesar de que el comportamiento del abogado, pueda haber sido causal para el resultado lesivo e, incluso, pueda haber tenido sospechas de que creaba “condiciones” susceptibles de conducir causalmente a un delito de blanqueo.

Ello adquiere especial relevancia, por ejemplo, respecto de aquellos procedimientos que han sido abiertos con anterioridad a la configuración por parte del legislador de ciertos comportamientos como riesgo prohibido a los efectos del blanqueo de capitales, o respecto de aquellos procedimientos que han sido incoados con posterioridad, pero que se refieren a actuaciones de abogados previas a la nueva legislación ampliadora de los deberes del abogado. Así, la normativa europea ha sido paulatinamente modificada para abarcar a profesionales del sector jurídico, de la fe pública, aseguradoras, agentes inmobiliarios, etc., con ampliación también de las obligaciones de comunicación y deberes de observancia para los mismos. Pero como quiera que los deberes más estrictos relativos a abogados son relativamente recientes, en la mayoría de las ocasiones todavía habrá de acudir tan sólo a la redacción originaria de las disposiciones antiblanqueo. Así las cosas, si en el momento de actuación de un letrado no existían obligaciones específicas respecto de él, por no haber entrado en vigor alguna de las sucesivas reformas ampliadora de sus deberes, el riesgo permitido se configura de forma más favorable para él que con la posterior legislación, la cual no podrá ser aplicada retroactivamente para configurar su posición de garante<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sobre las necesarias distinciones —que el Legislador quizás no haya establecido con toda la taxatividad que sería necesaria—, cfr. Córdoba Roda, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid y Barcelona 2006, págs. 46 y ss.; Milans del Bosch y Jordán de Urries, Santiago, *El abogado como sujeto obligado de la normativa sobre medidas preventivas del blanqueo de capitales y del secreto profesional*, en: *La Ley Penal*, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n.º 20 (Estudios monográficos: Blanqueo de capitales), octubre 2005, págs. 37 y ss., 45 y s.; en el mismo sentido, precisando: Álvarez Pastor/Eguidazu Palacios, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, cit., 258 y ss., 264 y ss., 98, 158 y ss., y sobre las concretas obligaciones impuestas: págs. 271 y ss.; al respecto, también, en general: Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., págs. 67 y ss.

<sup>13</sup> Ello, en su caso —en caso de que hubiese que continuar el análisis de la imputación—, tiene también sus implicaciones en el tipo subjetivo: en épocas no tan lejanas, en las que la sensibilización no sólo legislativa, sino también social y hasta judicial sobre la cuestión del blanqueo de capitales era mucho menor, es plausible el alegato de haber obrado inmerso en un error de tipo (art. 14.1 CP). Para los abogados, en concreto: ha sido en tiempo relativamente reciente, en el año 2005, cuando han sido impuestas una serie de obligaciones de vigilancia que hacen que un pretendido alegato de desconocimiento pueda ser tenido por plausible. Hoy día, en cambio, a la luz de la nueva legislación y de los medios de comunicación que dan cuenta de diversas operaciones contra redes de blanqueo, es más fácil para un abogado estar “sobreaviso” respecto de este tipo de comportamientos, lo cual afecta directamente a la afirmación de un pretendido dolo.

A ello, cabe añadir: Evidentemente no se lleva a cabo de igual manera la inferencia del dolo respecto de un delito del denominado derecho penal nuclear —homicidio, lesiones, violación, robo, etc.— (todo el mundo sabe que dejar sin respirar a una persona durante un determinado tiempo implica su muerte), que respecto de un delito como es el blanqueo de capitales que desde que apareció en nuestra legislación por primera vez ha tenido una legislación cambiante donde las haya, con una evolución considerable y no exenta de cierta polémica. Baste recordar, que en tan sólo siete años el legislador elaboró tres configuraciones del delito, muy distintas entre sí: la contenida en el art. 546 bis.f) del antiguo CP, creado en 1988, los arts. 344 bis.h) e i) que se introdujeron en 1992, y los vigentes 301 a 304 del Código penal

Dejando de lado estas cuestiones temporales —las cuales, empero, tienen mucha trascendencia en procesos en curso, dado lo reciente de la nueva regulación, aunque dejarán de tenerla con el transcurso del tiempo—, en general ha de insistirse en que allende de los deberes particularizados *ex lege*, el abogado podrá ampararse en el riesgo permitido que conlleva el ejercicio de su profesión. En este sentido, se sabe que ciertas profesiones y ciertas labores desempeñadas en ellas —en particular la asesoría mercantil y la fiscal— constituyen, inevitablemente (igual que el sistema bancario, por ejemplo), una actividad que es aprovechada por terceros para lavar fondos, y ellas, aunque se mantengan todas las condiciones dentro del riesgo permitido —se respeten todos los parámetros de la legislación sobre blanqueo—, de todas formas, a veces, desgraciadamente, son efectivamente aprovechadas con tales finalidades delictivas. Por eso, porque a veces ello ocurre, se habla de “riesgo”; y por eso, porque no siempre se deriva responsabilidad para el abogado (notario, empleado de banco, etc.), a pesar de haber intervenido en la cadena causal, se habla de que dicho riesgo es “permitido”.

Se habla de “riesgo” porque, como las prevenciones del SEPBLAC demuestran, tales peligros de espuria utilización existen, y se añade que no hay imputación cuando es “permitido” porque, siempre y cuando no se sobrepasen unos estándares que el legislador ha establecido para tratar de atajar el riesgo, la imputación del resultado dañoso (en nuestro caso, como siempre, del lavado monetario) sólo afecta a quien ha llevado a cabo tal actividad y no a quien ha sido instrumentalizado para la misma (el letrado). En este contexto, cobran especial relevancia los deberes que el legislador haya podido estatuir en concreto en el ámbito que considere de riesgo (el de actuación de los abogados), que en nuestro supuesto de hecho son, sólo y exclusivamente, los establecidos en la legislación vigente de blanqueo, sin que quepan extensiones *ad hoc* (y, como siempre, sin que jueguen papel alguno los conocimientos, las sospechas, etc., que se quieran atribuir al letrado). Ejemplo<sup>14</sup>: como quiera que el Estado norteamericano de Delaware no se halla dentro de la lista de los denominados paraísos fiscales de la OCDE<sup>15</sup>, la actuación de un letrado que opera con una sociedad residente en el mismo —v. gr. tramita las escrituras de constitución de sociedades en las que alguno de sus socios

de 1995. Si a ello añadimos la también cambiante regulación administrativa y comunitaria al respecto (por ejemplo, además de la Convención de Viena, de 19 de diciembre de 1988, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera, GAFI, del G-8, de 6 de febrero de 1990, o el Convenio relativo al blanqueo aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1990, pero que fue ratificado por España 8 años después, etc., etc.), debemos concluir, una vez más, que los alegatos de error, máxime si se refieren a hechos acaecidos hace tiempo, aunque investigados judicialmente ahora, deben ser analizados con la cautela necesaria.

<sup>14</sup> Cfr., por todos, la noticia aparecida en ABC.es, el 13 de julio de 2006, así como en la generalidad de los medios de comunicación: “Las investigaciones de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO) de la Costa del Sol han permitido demostrar la participación del despacho del abogado F. en al menos 523 sociedades, de las que 194 era extranjeras con domicilio social en paraísos fiscales o países cuya legislación favorece una cierta permisividad societaria y fiscal. A modo de ejemplo, 143 de ellas tienen su domicilio social en el Estado de Delaware, en EEUU; (...). Delaware no está considerado legalmente como un paraíso fiscal, pero su legislación ‘opaca y laxa’ según la Policía, le asimila a dichos paraísos” (sic). — Es obvio que la investigación de la Policía, por lo que hace, *per se*, a Delaware —como da a entender la información—, debiera carecer de trascendencia jurídico penal, al menos, insistimos, para un Derecho penal con proscrición de la analogía *contra reum*.

<sup>15</sup> Véase en nuestra Legislación el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio y la modificación introducida por el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero.

es una sociedad domiciliada en el Estado de Delaware—, no requiere de especiales prevenciones. No es, pues, correcto, imputar al abogado lo que no ha querido así el Legislador: que estaba operando con una sociedad residente en un paraíso fiscal. Si el legislador considera que tal Estado, por las razones que sean, no cumple con los requisitos internacionales de prevención de blanqueo de capitales, debe incluirlo en la lista de paraísos fiscales, pero, en tanto ello no se produzca, el abogado actuante podrá ampararse en el subinstituto del riesgo permitido, igual que lo haría, sin mayor discusión, con una sociedad inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

De este modo, hemos llegado a un primer filtro: si el abogado se mantuvo dentro de él, es decir, si no sobrepasó el “riesgo prohibido”, no habrá responsabilidad jurídico-penal. Es éste, pues, un primer y contundente elemento de desvinculación de la imputación objetiva para el abogado, respecto de cualquier comportamiento ilícito llevado a cabo por sus clientes.

#### IV. EXCURSUS: SOBRE LAS EXTRALIMITACIONES DEL LEGISLADOR EN LA CONFIGURACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO

1. En todo caso, se aprecia en el Legislador una considerable tendencia a restringir cada vez más el riesgo permitido en torno al blanqueo de capitales, es decir, a aumentar y aumentar las conductas que caen dentro del ámbito de lo prohibido. Y conviene hacer alguna reflexión al respecto.

En efecto, en muchas ocasiones, la práctica diaria demuestra que el nivel de exigencia a ciertos profesionales, entre los que se encuentran los abogados, pero también otros como los procuradores, los notarios o los empleados de banca, se halla fuera de la realidad de las cosas: exigir a particulares, en concreto a profesionales liberales sin medios para ello, que lleven a cabo verdaderas actividades policiales ajenas totalmente a su profesión, constituye la atribución de una suerte de rol social que en realidad no les corresponde<sup>16</sup>. Y no nos estamos refiriendo a aquellos casos, naturalmente, en los que medie organización delictiva común —si existe reparto de tareas entre blanqueador y abogado resulta de todo punto irrelevante incluso que existan unos deberes de prevención para el segundo—<sup>17</sup>, sino a los supuestos límite en los cuales, por existir la incriminación del delito de blanqueo en su modalidad imprudente, la pretendida infracción del deber de cuidado por parte del letrado puede acabar siendo deducida, precisamente, por el incumplimiento de tales —exacerbados— deberes.

No puede dejar de sorprender, una vez iniciada una investigación judicial por blanqueo de capitales, que se pretenda que personas que supuestamente se dedican de forma pública y notoria al delito, no hubiesen sido perseguidas policialmente, y, empero, se desplacen dichos deberes de vigilancia policial *retroactivamente* hacia un abogado (o hacia el responsable de una sucursal bancaria, un notario, etc.), atribuyéndoles *ex post* unos deberes de control como si fuesen ellos los profesionales encargados de tal persecución. Ello tiene también repercusiones a nivel de tipo subjetivo: esta expansiva técnica legislativa y judicial acaba atribuyendo

<sup>16</sup> Cfr. también Cobo del Rosal/Zabala López-Gómez, Blanqueo de capitales, —Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, cit., págs. 56 y ss.

<sup>17</sup> Ejemplo: no existen deberes especiales para el abogado en relación al delito de homicidio, pero ello, obviamente, es irrelevante a la hora de imputar tal delito si éste organiza conjuntamente con un cliente la muerte de un tercero.



el dolo al abogado o a otros particulares, es decir, un conocimiento —sobre las actividades ilícitas de sus clientes—, que curiosamente, la propia Policía no tenía, a pesar de ser ellos los técnicos en criminalística; luego habrá que concluir que tan público y notorio el presunto blanqueo no debía ser —la procedencia ilícita del dinero—, con el lógico —y consecuente— colorario de tener que exonerar a los profesionales<sup>18</sup>. Los abogados, los empleados de banca, los notarios, pueden servir de voluntarios colaboradores de las autoridades de prevención de blanqueo, pero también tienen sus limitaciones en la persecución de estas conductas, no sólo humanas o de conocimientos, sino incluso técnicas, pues no puede olvidarse que tanto en la abogacía —piénsese en los grandes despachos—, como en otros sectores como el bancario, existe un trato cada vez más despersonalizado del cliente.

2. Ciertamente, no pueden ahogarse algunos ámbitos de actuación con la imposición de deberes a profesionales como los abogados, obligaciones *ex lege* que les son absolutamente impropias, y buena prueba de ello es que, hasta hace bien poco, las mismas eran ajenas a la profesión de abogado. Un Estado liberal no debe exigir a uno de sus ciudadanos, al menos no debe exigirselo con los medios coactivos del Derecho penal, que lleve a cabo deberes de información al modo de deberes positivos: por ello, toda la legislación al respecto debe ser interpretada de forma sumamente cautelosa, lo que equivale a decir, con una necesidad de reducción teleológica del tipo del blanqueo en interpretación conforme a la Constitución.

Piénsese que tales deberes no nacen, para el letrado, del deber negativo *neminem laede*, al modo de injerencia, porque ello sería tanto como decir que ejercer el asesoramiento jurídico da lugar a una ocasión de riesgo que pone en peligro el bien jurídico afectado (art. 11 b) CP). Antes bien, ha de concluirse que estamos ante verdaderos deberes positivos<sup>19</sup> que nacen exclusivamente del hecho de ejercer la profesión de abogado, origen éste que hace difícil su justificación extensiva. Los deberes positivos son y deben ser —piénsese en el deber positivo del servicio militar, ya desaparecido— una excepción en un Estado liberal, por mucho que, a la vez, se trate también de un Estado social, y lo cierto es que desde esta perspectiva se muestra sumamente dudosa la técnica expansiva que ha emprendido el legislador respecto de los deberes de ciertos profesionales como los abogados.

Por ello, debe ser aplaudida, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006. Mientras que la instancia había extendido una exigencia de control positivo al Director de una sucursal bancaria y, por ende, al abogado que había remitido a un cliente a la misma para la apertura de una cuenta, en el sentido de que no sólo se debieron comunicar

al SEPBLAC las operaciones de movimientos dinerarios que sobrepasaban la cantidad estipulada en la legislación, sino todas, el Tribunal Supremo es, correctamente, todo lo restrictivo que el riesgo permitido impone: las operaciones sospechosas son sólo las que el legislador ha establecido, *ex lege*, como tal, y sólo respecto de ellas hay deber de comunicación; la pretensión de la sentencia de instancia, de comunicar otras operaciones, no establecidas *ex lege*, es improcedente; no eran ni el director de la oficina bancaria ni el letrado los llamados a valorar si otras operaciones eran sospechosas (¡eso ya lo ha valorado el legislador!), porque, sencillamente, ni son el legislador, ni tienen esos imaginarios deberes positivos<sup>20</sup>.

## V. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

1. El segundo subinstituto que puede y debe ser tratado es el "principio de confianza"<sup>21</sup>. Según este instituto, como fue apuntado, todo ciudadano, por el hecho de vivir en un Estado de Derecho, puede confiar normativamente en que la actuación de los demás conciudadanos, que también son, pues, parte del mismo Estado de Derecho, va a desarrollarse sin incidir en un ámbito de tipicidad penal. Como también esbozamos *supra*, se trata de una confianza normativa, y no meramente fáctica. Ello significa que el sujeto puede y debe confiar en Derecho, y que no le son imputados resultados dañosos por el hecho de no haber adoptado medidas de precaución para evitarlos, aun cuando, fácticamente, todo el mundo sabe que se cometen delitos, que hay terceros que se aprovechan de situaciones o contextos para fines ilícitos, etc., y, por tanto, desde ese punto de vista meramente fáctico, quizás sí hubiesen sido imaginables medidas de precaución.

Explicado con un sencillo ejemplo del tráfico viario, para inmediatamente después regresar al tema que nos ocupa: un conductor que en una avenida se aproxima con su coche a un cruce, y el semáforo, en verde, le da paso, puede y hasta debe confiar (lo contrario conduciría al caos circulatorio), normativamente, en que los conductores de los vehículos que acceden a la intersección por la vía transversal, y que tienen a su vez, naturalmente, el semáforo en rojo, lo respetarán. En caso de producirse un accidente, los resultados lesivos no son imputados al conductor que circulaba por la vía principal con semáforo verde, aun cuando no haya tomado medida precautoria alguna al llegar al cruce, pues podía confiar normativamente en dicho respeto de las normas por parte de los otros conductores. A pesar de que se sabe que hay conductores que no respetan los semáforos y que se producen accidentes, que hay "puntos negros" (desconfianza fáctica), no es imputable al conductor que así se comporta, en modo alguno, el resultado lesivo que pueda producirse, aun cuando no hubiera tomado medida precautoria alguna, como reducir la velocidad, tomar el carril más alejado del inicio de la intersección u otras. — No es necesario continuar, pues el sencillo ejemplo debe servir para mostrar brevemente cómo funciona este subinstituto.

<sup>18</sup> Cfr. STS 5 de octubre de 2006 (abogado y director de una sucursal bancaria), Fundamentos Jurídicos 5.º y 6.º.

<sup>19</sup> Sobre la diferenciación entre el deber negativo *neminem laede* y los deberes positivos, y sus implicaciones jurídico-penales: Perdomo Torres, Jorge, *Garantenpflichten aus Vertrautheit*, Berlin 2006, págs. 86 y ss., 112 y ss.; como criterio del que partir precisamente para delimitar ámbitos de autorresponsabilidad, Maraver Gómez, Mario, *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra 2005, págs. 627 y ss. (633 y ss.); Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. – Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999, págs. 67 y ss., 102 y ss.; el mismo, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid y Barcelona 2002, págs. 83 y ss., 123 y ss.; el mismo: *Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal*, en: Cuadernos de Política Criminal n.º 68 (1999), págs. 347 y ss.

<sup>20</sup> STS 5 de octubre de 2006, F.J. 5.º, *in fine*, y 6.º.

<sup>21</sup> Cfr., por todos, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 7/51 ss.; el mismo, en su traducción al español: *Derecho Penal, Parte General*, cit., págs. 253 y ss.; Bacigalupo, *Principios de Derecho penal, Parte General*, cit., págs. 191 y s.; con distinciones esenciales en el seno de este subinstituto: Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación*, cit., págs. 376 y ss.; Feijóo Sánchez, Bernardo, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 1 (2000), págs. 93 a 138.

Pues bien, no de otra forma sucede en orden al delito de blanqueo de capitales y el ejercicio de la profesión de abogado. En general, el letrado debe poder acogerse plenamente al principio de confianza con respecto a sus clientes, aun cuando, fácticamente, ya se sabe que habrá clientes que puedan defraudar dicha confianza. Ello, al menos cuando no haya otro tipo de datos suplementarios, v. gr., que la pretendida confianza no haya sido defraudada ya. Por citar de nuevo el siempre tan gráfico ámbito del tráfico viario: si en la aproximación al cruce de nuestro anterior ejemplo, el conductor ve cómo otro vehículo ya ha sobrepasado su semáforo en rojo, no podrá embestirlo aduciendo un principio de confianza ya inexistente, sino que deberá emprender las maniobras necesarias para evitar la colisión. Sólo podía confiar en que el otro conductor se iba a comportar de acuerdo a la norma —iba a respetar su semáforo en rojo— precisamente hasta el momento previo a que suceda lo contrario. En este sentido, el principio cobra especial relevancia en los supuestos en los que la actuación del abogado no quebranta el riesgo permitido, por no referirse a actuaciones que aparecen expresamente normadas en la legislación antiblanqueo.

Se puede confiar normativamente en que la actuación de los clientes es también conforme a Derecho y no establecer particulares deberes de control más allá de los que la propia legislación de blanqueo de capitales impone al abogado (recuérdese también aquí el ejemplo de Delaware). El letrado cumple rigurosamente con sus deberes cuando realiza las comunicaciones al SEPBLAC que le son exigidas, de modo tal que sólo cuando tiene datos proporcionados por el propio cliente que puedan poner en duda su pasada confianza, y, a pesar de ello, no comunica al SEPBLAC la operativa sospechosa, actúa con inobservancia de sus deberes establecidos normativamente. En otras palabras, sólo cuando el suceso en el que normativamente se podía creer confiar, ya se ha producido fácticamente, el letrado deberá dejar de confiar; antes no. Como ya expusimos *supra*, no se puede producir una auténtica confusión extralimitada de roles sociales, en donde el abogado ejerciera deberes policiales respecto de sus clientes, y la policía, empero, deberes de vigilancia frente a los abogados y no frente a los clientes del abogado sospechosos de blanqueo.

2. Como importante consecuencia práctica, pues, el principio de confianza despliega sus efectos de un modo sumamente restrictivo en orden al momento en el cual el abogado tiene obligación de comunicar sus sospechas al SEPBLAC.

En efecto, el principio de confianza impone un deber de cautela en el deber general de comunicación que ha sido impuesto al abogado, de modo tal que la actual normativa de blanqueo no debe ser interpretada en el sentido de un deber de comunicación *inmediato*, sin más. Piénsese que tales deberes antiblanqueo deben conjugarse con las propias obligaciones del letrado, y así, si bien los mismos existen *ex lege* (dejando ahora de lado la posible extralimitación del Legislador), no es menos cierto que el abogado no es plenamente libre de comunicar los datos de sus clientes<sup>22</sup>, sin que medie una causa de atipicidad para ello —y esa

<sup>22</sup> Cfr., ampliamente, Córdoba Roda, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, cit., págs. 25 y ss., 46 y ss., muy crítico al respecto con la regulación antiblanqueo, desde luego con razón; véase también, Cobo del Rosal/Zabala López-Gómez, Blanqueo de capitales, – Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, cit., págs. 49 y ss., 56 y ss., 61 y ss., 25 y ss.; Milans del Bosch y Jordán de Urries, Santiago, El abogado como sujeto obligado de la normativa sobre medidas preventivas del blanqueo de capitales y del secreto profesional, en: La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n.º 20 (Estudios monográficos: Blanqueo de capitales), octubre 2005,

causa es la legislación que establece las operaciones que deben ser comunicadas—. Una comunicación de datos del cliente, a personas ajenas a la relación de confianza letrado/cliente —y el servicio ejecutivo del Banco de España es un ente ajeno a esta relación de confianza—, puede vulnerar tanto el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad), como el art. 24.2 *in fine* CE (secreto profesional), como, incluso, el propio derecho de defensa del art. 24.2 CE. El Servicio Ejecutivo no es una autoridad judicial, única probablemente ante la cual tales derechos —la intimidad del cliente, el secreto profesional y el derecho de defensa— podrían ceder. Es más: si no media una sospecha fundada, y posteriormente no se confirma la existencia de una operación de blanqueo, es claro que el cliente podría incluso iniciar acciones siquiera sean civiles contra el abogado, y, en todo caso, lo que es más relevante desde un punto de vista práctico: pocos clientes confiarían en un abogado que denuncia “alegremente” a sus propios clientes como sospechosos de blanqueadores<sup>23</sup>, sin unos indicios bastantes —no simplemente suficientes— para ello, lo cual implica, necesariamente, que la comunicación no se produzca de forma inmediata (siempre bajo el amparo del principio de confianza). La comunicación errónea de una sospecha de blanqueo —en realidad, cualquier comunicación— generará un clima de desconfianza de otros clientes o posibles clientes, y supone un cuerpo extraño al subinstituto del principio de confianza.

3. Otra importante consecuencia de la aplicación del principio de confianza, es que tal criterio de imputación objetiva obliga a reconsiderar las atribuciones de responsabilidad, digamos “globales” o “unitarias”, a las que una cierta práctica judicial parece tender últimamente. En este sentido, el principio de confianza se muestra como un importante límite frente a criterios meramente causales de atribución en coautoría o de extensión de responsabilidad de la mano de la figura de la accesoriadad. *Ad exemplum*: se abre un procedimiento penal por delito de blanqueo, y se imputa no sólo al supuesto o supuestos blanqueadores, sino también a diversos empleados de bancos, a notarios y abogados. Sin embargo, esta suerte de imputación global o conjunta, todos como coautores o como cooperadores necesarios (accesoriadad), debe ser tomada una vez más con suma reserva, pues ella misma lleva en sí el germen cautivo que contradice la interpretación más básica del principio de confianza.

Si el abogado, por ejemplo, constituye diversas sociedades con capital extranjero, para la ejecución de una operación inmobiliaria, podrá ampararse en que tal dinero ya ha pasado el “filtro” bancario en cuanto a la prevención de blanqueo —el mismo podría extenderse incluso, dependiendo de la cantidad, a la Dirección General de Transacciones Exteriores—, es decir,

págs. 37 y ss., 45 y s.; Martín Pallín, José Antonio, Blanqueo de dinero, secreto profesional y criminalidad organizada, en: Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Libro homenaje a Antonio González-Cuellar García, Madrid 2006, págs. 651 y ss.; Löwe-Krahl, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, ed. por Achenbach/Ransiek, cit., XIII número marginal 82 y s.

<sup>23</sup> Cfr., por ejemplo, en este sentido, Aránguez Sánchez, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, Madrid 2000, pág. 263: “En el caso de que medie sospecha infundada y posteriormente no se confirme la existencia de una operación de blanqueo: Entonces habrá que analizar si la exigencia de buena fe puede hacer que se exima a la entidad o persona que ha violado su secreto profesional con ánimo de colaborar en la persecución del blanqueo de capitales. A pesar de que la Ley sólo exija buena fe, creemos necesario interpretar que ese requisito incluye la diligencia que debe respetar todo profesional (...). Por tanto, quien ha violado el secreto debería responder por los eventuales perjuicios que su acción provocará”; véase también Palma Herrera, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., págs. 498 y ss.

podrá ampararse en el principio de confianza, igual que el Registrador de la Propiedad que finalmente inscribe el cambio de titularidad del bien inmueble en su registro puede ampararse en que todos los intervinientes anteriores en la operación se han comportado conforme a Derecho, es decir, puede ampararse asimismo en el principio de confianza. Y no se cita por casualidad como ejemplo el del Registrador de la Propiedad: son ellos quienes realmente concluyen el verdadero lavado —con la inscripción de titularidad— y, sin embargo, apenas si se ven implicados en las denominadas operaciones contra el blanqueo, con las que abrimos el presente trabajo; ello es sin duda correcto, precisamente porque pueden ampararse en el principio de confianza, pero desde luego no menos que en el supuesto habitual puede hacerlo un abogado, por ejemplo, si las transacciones monetarias venían “avaladas” por un banco, es decir, tras superar los filtros antiblanqueo bancarios.

En general, es cierto que en Derecho penal puede haber varios garantes respecto de un determinado bien, que deben interaccionar de forma cumulativa: padre y madre son garantes de proteger a sus hijos, el equipo médico de la vida del paciente, etc.; pero no es menos cierto que si existen diversos garantes, ello será precisamente porque existe “división de trabajo” y, de este modo, principio de confianza en que cada cual, en el seno de esa división, cumplirá su tarea conforme a Derecho; lo contrario, conduce al caos.

Por ello, carece de sentido la actual legislación sobre blanqueo, en la que todos son garantes de todo, y cada vez más —conduciendo a que las masivas comunicaciones al SEPBLAC cada vez tengan menos relevancia por falta de medios para investigarlas—<sup>24</sup>, haciendo tabla rasa no sólo del principio de confianza en concreto, sino también, en general, de la completa fórmula de la imputación objetiva. Es, por así decir, como si el legislador hubiese pensado que, a los efectos del delito de blanqueo de capitales, no rige la necesidad de indagar si ha sido creado un riesgo jurídicamente desaprobado, para comprobar a continuación en segundo término si dicho riesgo se ha concretado en el resultado; sino que parece venimos a decir, bien al contrario, que en dicho delito pueden ser muchos los que creen riesgos jurídicamente desaprobados, que todos, sin distinción, se concretarán *irremediablemente* en el resultado. Esto, ya lo habrá percibido el lector, tiene un antecedente, una antecedente que demuestra a las claras lo equivocado de tal solución legislativa: las teorías de la causalidad; y un nombre: la fórmula de la *conditio sine qua non*; es, lisa y llanamente, un retorno particular, para el delito de blanqueo de capitales, a dicha obsoleta doctrina, según la cual todas las condiciones eran causas del resultado. No es necesario reiterar aquí lo dogmáticamente incorrecto de tal parecer.

Antes bien, el abogado que asesora y ejecuta la constitución de una sociedad con capital extranjero, el cual llega a su dominio mediante cauces bancarios perfectamente lícitos, puede ampararse en el principio de confianza, y, por ende, no crea riesgo jurídicamente desaprobado de clase alguna. Piénsese, por lo demás, que no es él, precisamente, el más indicado —con sus medios— para seguir el rastro económico-bancario del dinero, un dinero, insistimos, que para él tiene procedencia lícita. ¿Por qué no iba a poder el abogado traer a colación en

su defensa la regulación bancaria del blanqueo de capitales la cual se puede resumir en la consagración del principio conocido en ámbitos bancarios como “conozca a su cliente”<sup>25</sup>?

Las previsiones legislativas, en suma, de gravar con los mismos deberes positivos y respecto del mismo objeto a distintos pretendidos garantes (empleados de banca, abogados, notarios, registradores, etc.) resulta dogmáticamente incorrecta y probablemente impracticable: pasado el primer eslabón de la cadena (los bancos) el resto de los actuantes podrán ampararse en el principio de confianza sin mayores dificultades; sólo serían garantes —sólo dicho subinstituto no podría ser aplicado con efectos exonerantes—, cuando el suceso en el que normativamente se podía confiar haya acaecido ya (recuérdense los ejemplos del tráfico viario propuestos *supra*), es decir, cuando *v.gr.* resulte obvio que el empleado de banca no ha tomado las medidas de prevención de blanqueo que le impone la norma; pero ello, a su vez, no le será conocido en el supuesto normal al abogado, ni tiene que indagarlo, porque entonces, de nuevo, le estamos imponiendo deberes más allá del principio de confianza; por lo demás, que en estos supuestos sea accesible al conocimiento del letrado la ausencia de tales controles, representará sin duda un supuesto estadísticamente irrelevante.

Podría decirse que, con la anterior tesis, se lastra con deberes a los empleados de banca, a la vez que se descarga de ellos a los abogados. Pero en realidad, no son deberes pertenecientes a los abogados que son *traspasados injustamente* a los empleados de banca, sino que se trata de unos deberes que pretendidamente ambos tendrían, en la misma medida, y que, tras el paso por el tamiz del principio de confianza, ha quedado demostrado que sólo corresponden a los primeros. Ello es lógico que sea así, al menos por dos razones: la primera, porque son tales entidades bancarias las que tienen los medios para poder analizar con mayor fiabilidad la procedencia del dinero; y, en segundo término, porque en el supuesto base es, desde luego, aun con sus graves inconvenientes<sup>26</sup>, más lógico que el legislador haya decidido que los bancos no pueden ampararse en el principio de confianza: para ellos habitualmente sí (por ejemplo, porque el dinero no proceda de otra entidad bancaria) *pecunia non olet*<sup>27</sup>. Desde luego que, insistimos, todo ello es más lógico que respecto de los abogados.

4. Por último, como un tercer importante corolario del principio de confianza, aparece algo que sistemáticamente podría aparentar ser un cuerpo extraño en el sistema, pero que no lo es: el hecho cierto de que el abogado, en el supuesto base, pueda ampararse en el principio de confianza, conlleva necesariamente que la atribución del dolo en estos casos se presente

<sup>25</sup> Declaración de principios de Basilea de 1988, del Comité sobre regulación y prácticas de control de las operaciones bancarias.

<sup>26</sup> Ya hemos indicado *supra* que la imposición de tales deberes positivos —también al sector de la banca— se encuentra, cuando menos, al filo de la extralimitación legislativa, impropia de un Estado de Derecho liberal y garantista.

<sup>27</sup> En todo caso, como apuntamos, ello tampoco será necesariamente así: si el dinero que llega a dicho banco procede de un banco no residente en un paraíso fiscal, también podrá el empleado ampararse en el principio de confianza: pretender que la participación (en este caso como entidad bancaria) en un hecho lícito (el llevado a cabo mediante una sociedad residente en un Estado ajeno a la lista de paraísos fiscales), sea ilícita, quebraría las más elementales reglas de la accesoriadad de la participación de la Parte General del Derecho penal. Si el “hecho principal” es lícito, y lo es porque se utilizan estructuras internacionales no reconocidas por el legislador español como paraísos fiscales (Decreto 1081/90), la participación en él no puede tornarse en ilícita sin dato fáctico alguno que avale tal tesis, pues, antes bien, el hecho principal debió ser, al menos, típico y antijurídico.

<sup>24</sup> Cfr., en parecido sentido, Löwe-Krahl, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, ed. por Achenbach/Ransiek, cit., XIII número marginal 101, 61 y ss.

realmente dificultosa. En otras palabras, un letrado que discute vivamente si su comportamiento queda amparado por el principio de confianza respecto de su cliente, a la vista del banco de donde procede el dinero de su cliente, etc., y además dicho alegato exonerante es al menos *prima facie*, perfectamente plausible, también será capaz de discutir desde una atalaya casi inexpugnable que obró con un error de tipo sobre el origen ilícito de los fondos, en donde la clase de error tenderá a ser inevitable (art. 14.1, segunda variante, CP).

El dolo del abogado ha de inferirse, como siempre, de los elementos del tipo objetivo, es decir, de la base fáctico-normativa acaecida, y, al respecto, acabamos de ver que la misma, según el principio de confianza, resulta mucho más contingente de lo que cierta práctica judicial acusatoria cree<sup>28</sup>. La imputación al letrado de una serie de conocimientos, entre ellos muy particularmente sobre el origen ilícito de los fondos lavados, resultará en muchas ocasiones poco fundada: esos conocimientos, curiosamente, no los tenían los bancos que hayan intervenido en la operación, la propia Policía, la Fiscalía, en su caso Transacciones Exteriores, etc., y decimos de forma curiosa porque también todos ellos supuestamente estaban en posición de garante y, en algunos de los casos citados, incluso, eran ellos mismos los profesionales de la investigación; luego habrá que concluir que tan público y notorio el presunto blanqueo no debía ser, como para que también fuese conocido por el propio abogado: el alegato sobre un error invencible de tipo (art. 14.1 CP) puede llegar a ser irrefutable.

Paradigmático puede resultar al respecto, el ya citado supuesto del abogado en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006. Y es que, basta leer los hechos probados de la sentencia de instancia, para comprobar que los mismos no plasmaban, ni mucho menos, los datos objetivos que deberían objetivar el dolo del pretendido delito de blanqueo del abogado desde un punto de vista racional, igual que el lugar de una herida, el número de heridas y el tipo de arma empleada (de fuego, blanca, las propias manos, etc.), son los datos que deben objetivar el *animus necandi* o, en su caso, mantener que sólo existió *animus laedendi*.

La conclusión de la sentencia es correcta: no se trató, según los Hechos Probados, sino de dos encuentros en el despacho del letrado, quien simplemente asesoró sobre la apertura de una cuenta bancaria a una ciudadana extranjera. Esas son, conductas, hechos objetivos, de las que no es posible inferir el dolo de un delito de blanqueo de capitales. No existían, por ejemplo, paraísos fiscales, ni alteraciones documentales, ni anotaciones irregulares o dudosas en los libros contables, ni se puede hablar de un intento de borrar el rastro de la procedencia del dinero, ni de una maraña de documentos, ni negocios jurídicos ficticios, etc.<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cfr., correcta, STS 5 de octubre de 2006, Fundamentos Jurídicos 5.º y 6.º; también, pues, sobre las posibilidades de "error" del actual art. 14.1 CP: Palma Herrera, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., págs. 600 ss.; asimismo, véase Aránguez Sánchez, El delito de blanqueo de capitales, cit., pág. 286 ss.; Bajo, Miguel/Bacigalupo, Silvina, Derecho Penal Económico, Madrid 2001, págs. 690 y ss.

<sup>29</sup> En otras palabras: lo relatado en los hechos probados de la sentencia, respecto del letrado actuante, no se correspondía lo más mínimo con los procesos de blanqueo descritos por la doctrina criminalística especializada en este tipo de procesos, como los de Zünd, *el modelo circular del Departamento del Tesoro de EEUU*, el de Ackermann, el de Bemasoni, etc., ni tampoco responde al esquema trazado por la *Federación de la Banca de la Comunidad Europea en su Guía contra el blanqueo de dinero de 1991* y que es seguido por la mayoría de los autores (Introducción —colocación, inserción, sustitución—, transformación —ensobrecimiento, estratificación o diversificación— e integración —inversión—), ni, en fin, tampoco en particular, tiene nada que ver con los informes elaborados en nuestro país por el *Gabinete Técnico de la Dirección General de la Policía* o los de la *Unidad policial internacional especializada en la detección de los fondos procedentes de actividades delictivas denominado FOPAC (Fondos proceden-*

Por ello, es cierto que la ausencia de posición de garante, o, en general, la falta de obligaciones de denuncia de ciertas conductas relativas al blanqueo de capitales, de la mano del principio de confianza, son, naturalmente, una cuestión del tipo objetivo. Sin embargo, es claro también que una supuesta posición de garante como Letrado desplegaría también todos sus efectos a nivel de tipo subjetivo, es decir, sirviendo para afirmar o negar el dolo del abogado actuante con base precisamente en ese hecho objetivo de ser garante (en los conocimientos que se imputan normativamente a dicho rol), tal y como es afirmado habitualmente el dolo.

Un alegato, en definitiva, de que se carece de dolo al estar inmerso en un error de tipo inevitable (art. 14.1 CP), es perfectamente plausible desde este punto de vista del principio de confianza —aun cuando su concurrencia fuese negada en el tipo objetivo—, y, por el contrario, la afirmación del dolo puede erigirse en una extralimitación no racional de la valoración de la prueba, cuando no existan particularidades en el supuesto de hecho.

## VI. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y LOS "ACTOS NEUTRALES"

1. Por último, como ya se anunció, ha de tenerse en cuenta la aplicación del tercer substituto de la imputación objetiva, la denominada "prohibición de regreso"<sup>30</sup>, pues también esta construcción dogmática se muestra realmente fructífera para el tratamiento de la problemática del blanqueo de capitales y abogacía.

En efecto, según este substituto en su formulación más clásica, la línea de imputación queda interrumpida sin retroceder a "riesgos" (condiciones) anteriores —no se regresa o va más allá— cuando existe ya un riesgo completo (precondición) que se ha dirigido libre y consciente a la producción del resultado, es decir, del que puede afirmarse que se ha concretado en el resultado<sup>31</sup>.

Así las cosas, ¿por qué habría que "regresar" en la imputación hacia atrás, en esa ideal cadena de responsabilidades, más allá del propio cliente, para acabar en un riesgo mucho más alejado como sería el pretendidamente creado por el letrado? Y si se rompiera la doctrina de la "prohibición de regreso" —como parecían apuntar algunas decisiones judiciales, luego

*tes de actividades criminales*), creado en 1983 por la Asamblea General de INTERPOL y con sede en Lyon, ni, por último, se parece en modo alguno a las técnicas de blanqueo plasmadas en documentos internacionales, como el *Documento de Naciones Unidas E/CN.15/1992/4/Add.5, de 23 de marzo de 1992*, el *Informe GAFI de 28 de junio de 1996*, los *Informes de seguimiento de la Directiva del Consejo 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991*, etc. (vid., por todos, Aránguez Sánchez, El delito de blanqueo de capitales, cit., págs. 37 ss.; Álvarez Pastor/Eguidazu Palacios, Manual de prevención del blanqueo de capitales, cit., 28 y ss.; Häcker en: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4.ª ed., Köln 2006, parágrafo 51, número marginal 2 y ss.).

<sup>30</sup> Cfr., por todos, Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., 7/56 ss.; el mismo, en su traducción al español: Derecho Penal, Parte General, cit., págs. 257 y ss.; Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 192 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. también Maraver Gómez, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, cit., págs. 636 y ss., quien, por lo demás, pone de manifiesto de forma acertada que los criterios de la imputación objetiva rigen también para la determinación de la participación delictiva (págs. 653 y ss., 657); Robles Planas, Ricardo, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, - Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito, en: Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? - Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, Madrid y Barcelona 2003, pág. 59.

corregidas por el Tribunal Supremo—, ¿por qué no continuar hacia atrás yendo más lejos todavía e imputar también, entonces, no sólo a abogados, notarios o bancos, sino también a los propios órganos administrativos de control, es decir, al propio Servicio Ejecutivo del Banco de España, para luego terminar afirmando su comportamiento imprudente? Pues, ciertamente, si no se respeta la teoría de la prohibición de regreso, la única consecuencia lógica es “regresar” entonces, en la cadena de supuestas responsabilidades todo lo posible —no habría ya límite alguno—, *ad infinitum*.

2. Explicada así, la doctrina de la prohibición de regreso no parecería diferenciarse mucho de las críticas que ya se hicieran a la vieja teoría de la *conditio sine qua non*, en donde, simplemente, habría sido sustituida “causa” por “riesgo”. Ello, desde luego, como ya vimos, no es poco, y presta importantes servicios para una moderna interpretación de los problemas prácticos; moderna y garantista.

En todo caso, quizás por ello, para no repetir conceptos, últimamente se estudia dentro de la teoría de la prohibición de regreso<sup>32</sup>, la doctrina que ha sido denominada de los “actos neutrales”, que trata también de arrojar luz desde una nueva perspectiva, para abordar cuestiones como la que aquí están siendo analizadas. De los “actos neutrales” se ha ocupado ya la doctrina desde hace tiempo<sup>33</sup>.

Y es que, de los supuestos “de manual” que en su día plantease Jakobs —¿existe punibilidad como cómplice de homicidio, para el vendedor de un destornillador, cuando realiza tal transacción sabiendo que justo enfrente de su ferretería se está produciendo una pelea, y el destornillador es finalmente utilizado para matar a un contendiente?, o ¿es punible como partícipe en un asesinato el panadero que vende una barra a pesar de conocer que el comprador puede envenenarla para matar a su esposa?—, hemos llegado a una doctrina y jurisprudencia que han comprendido que aquellos ejemplos no eran una simple digresión académica, ni mucho menos, sino que encierran un importantísimo segmento de la discusión sobre la imputación objetiva, que no puede ser dejado de lado. En este sentido, como en otros tantos, la doctrina de Jakobs se adelantaba a su tiempo introduciendo en la discusión científica componentes que aún tienen mucho que rendir para la práctica. El testigo ha sido ahora recogido para nosotros por una novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

<sup>32</sup> También, en ocasiones, dentro del subinstituto del riesgo permitido; ello carece de relevancia: se trata, como ya dijimos, de clasificaciones con un valor meramente didáctico, pues no son sino manifestaciones de la genérica teoría de la imputación objetiva.

<sup>33</sup> Cfr., por todos, Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., pág. 192; Robles Planas, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, cit., págs. 17 y ss., 21 y ss.; con exhaustivas referencias bibliográficas, el mismo, La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid 2003; ya antes, Feijóo Sánchez, Bernardo, Límites a la participación criminal: ¿existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?, Granada 1999; López Peregrín, M.<sup>o</sup> Carmen, La complicidad en el delito, Valencia 1997, págs. 253 y ss., 270 ss.; Blanco Cordero, Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero-diciembre 1997, págs. 270 y ss.; Córdoba Roda, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, cit., págs. 61 y ss.; Pérez Manzano, Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, cit., págs. 798 y ss.; Ragués y Vallés, Blanqueo de capitales y negocios *standard*, cit., págs. 127 y ss.

3. La tesis que se mantiene es: un comportamiento cotidiano no es punible como participación aunque suponga una contribución fáctica (que no normativa) a la realización de un determinado delito, cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol. El analista penal no entrará ni tan siquiera a valorar si quien así se comporta tuvo “conocimiento” de estar interviniendo instrumentalizado en un ilícito ajeno, o si dicho “conocimiento” no se tuvo pero debería haberse adquirido —con una mínima diligencia—, etc., porque en estos casos, una vez más, sucede que no existe tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado, de modo tal que ni tan siquiera es necesario analizar una pretendida tipicidad subjetiva del comportamiento<sup>34</sup>. La cuestión no es ni mucho menos baladí, pues el blanqueo de capitales es punible también en su modalidad imprudente.

<sup>34</sup> Así también, Córdoba Roda, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, cit., págs. 61 y s.; Robles Planas, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, cit., págs. 51 y ss.; López Peregrín, La complicidad en el delito, cit., págs. 253 y ss., 270 ss.; en sentido en parte parecido, pero no para todos los casos (no para los supuestos de conocimiento pleno), Pérez Manzano, Los Derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, cit., págs. 789 y ss. (826 y ss.; 828 y ss.); cfr. asimismo Ragués y Vallés, Blanqueo de capitales y negocios *standard*, cit., págs. 144 y s. De otra opinión, Rueda Martín, María Ángeles, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, Revista Penal 9, enero 2002, págs. 122 y ss., quien sí introduce los elementos subjetivos a la hora de analizar si estamos ante un acto neutral o no: “en el sentido social de una acción incide una base cognitiva (...); lo que modifica la valoración es precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar un favorecimiento en el desarrollo de un hecho el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción (...);” el “sentido social de una acción” de una compraventa, por ejemplo, se vería modificado por los conocimientos del vendedor (pág. 126 y s.; 130). — En contra de lo mantenido por Rueda Martín, empero, no creemos que los conocimientos que pueda tener el vendedor modifiquen su rol: al vendedor de una pala —por citar un ejemplo de esta autora—, cuyo comprador golpea a otro con ella *malignamente*, no le es imputable dicho resultado *negativo*, igual que al vendedor de una pala, cuyo comprador retira con ella *solidaria* y *voluntariamente* escombros tras una catástrofe, no le es imputable dicho resultado *caritativo*. En ambos casos, cobra el precio del objeto vendido, y nada más. O: al rol de deudor no le es imputable lo que el acreedor haga con el dinero recibido, con independencia de que el deudor conozca o no el destino del mismo; si el acreedor financia actividades ilícitas con el dinero, el deudor no responde por tal resultado, aunque lo conozca (cosa distinta es el delito de impedir determinados delitos); si el acreedor financia actos caritativos con el dinero, al deudor obviamente tampoco le es imputable tal obra misericordiosa; él sólo pagó, tanto en el primer caso como en el segundo, su deuda; el “sentido social de la acción” de pago de un deudor a un acreedor, no se modifica por el conocimiento que pueda tener el deudor, en ninguno de los dos casos. —En algunos de los gráficos ejemplos que Rueda arguye en su trabajo (pág. 126), podría existir imputación, pero no por la inclusión del elemento subjetivo en el análisis, sino porque el autor ha adaptado su comportamiento al plan del autor, sobrepasando, pues, los límites propios de su neutral rol. En otras ocasiones, la argumentación parece más bien orientada a la llamada “justicia material”: se niega la imputación si lo único que corre es la tinta (un adjunto ayuda a su Catedrático a la elaboración de sus manuales y sabe que éste oculta sus honorarios a Hacienda: no imputación del delito de blanqueo [pág. 132]), pero se afirma si lo que corre es la sangre (un taxista lleva en su vehículo a quien sabe que en el lugar de destino va a poner una bomba: imputación del resultado también al taxista [pág. 126]), aunque en ambos casos existe el mismo conocimiento y la solución debiera ser unitaria (al respecto, acertado, Caro John, José Antonio, La imputación objetiva en la participación delictiva, Comentarios a la Jurisprudencia



La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas y muy valiosas resoluciones dictadas últimamente —alguna de ellas ya ha sido citada—, se ha ocupado con acierto de la problemática, siendo algunas de las sentencias relativas precisamente a este campo de fructífera experimentación dogmática que ha resultado ser el delito de blanqueo de capitales.

Así, en su reciente sentencia 34/2007, de 1 de febrero, ofrece una interesante toma de posición en un supuesto de participación en una compraventa, enjuiciándose un delito de blanqueo de capitales:

*"La doctrina reciente estima que estos actos [los denominados 'neutrales' a los que a continuación se refiere] son comportamientos cotidianos socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución".*

"Acto neutral" y ausencia de imputación objetiva, pues, cuando el comportamiento no representa peligro alguno, *per se* —podría quizás añadirse—, de realización del tipo. Y a continuación, refiere algunos ejemplos de precedentes jurisprudenciales, en el sentido señalado *supra* de descartar que la mera causalidad pueda adquirir, por ella misma, relevancia alguna a los efectos de conformar el juicio de imputación:

*"En nuestros precedentes recientes la Sala ha abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte e droga (STS 928/2006). En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada".*

Habrá que estar al "sentido objetivamente delictivo" por encima de las ya descartadas relaciones causales —instrumentalizaciones por terceros—; imputación sólo cuando exista "sentido *per se* delictivo" o unívoco y no ambivalente, sentido pues, que no quede —en viable y plausible explicación alternativa— cubierto por el rol social en el que se interactúe, por ejemplo por el rol de abogado. Por fin, en la sentencia que probablemente marcará un antes y un después en el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la cuestión, la Sala Segunda apunta incluso una definición:

*"A estos fines la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto 'neutral' puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional de cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo".*

Penal, Lima 2003); véase también la exhaustiva crítica de Robles Planas, Las conductas neutrales, cit., págs. 37 y ss.

4. Y es que, en general, la actividad comercial de la vida cotidiana, por ejemplo la prestación de servicios (también los de la abogacía) o la venta de mercancías usuales, no dan lugar obviamente al delito de blanqueo de capitales. Por poner un ejemplo, el dueño de un hotel que aloja en su establecimiento a alguien de quien se sospecha pueda ser narcotraficante, no lleva a cabo delito alguno, a pesar de que con el pago de la factura por hospedaje el presunto delincuente está introduciendo ganancias ilícitas en el mercado lícito. Y ello, porque el sujeto no estará sino comportándose dentro de su rol de hostelero, y tampoco existen —ni deben existir en un Estado liberal!— especiales deberes de información al respecto; no hay un "fin delictivo manifiesto", no se revela con el cobro de la factura "un relación de sentido delictivo", ni se superan "los límites del papel social profesional del cooperante", ni, por fin, el empresario "se adapta al plan delictivo del autor" o su comportamiento "implica un aumento del riesgo". Esta misma doctrina es plenamente aplicable a los actos neutrales del abogado en ejercicio, sin restricción alguna.

Es evidente que no se puede imponer a la generalidad de los ciudadanos en abstracto —ni a los abogados en concreto—, deberes de control absolutos en los contactos masivos y anónimos que se llevan a cabo a diario, pues la interacción social se basa, precisamente, en el mantenimiento de este anonimato; de un comportamiento inocuo y estandarizado no puede ser inferida la tipicidad objetiva (ni el dolo) de participación en un delito de blanqueo de capitales<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Se trata de actos neutrales por el carácter de los mismos, con independencia de los conocimientos especiales que se puedan tener al respecto, en particular, con independencia de que el abogado sea "abogado habitual" de un determinado cliente o de su entorno. Por ello es errónea la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, en Ceuta, de 28 de marzo de 2005, casada por la STS de 5 de octubre de 2006, que tomaba como un indicio para afirmar el conocimiento del abogado y, por ende, sus pretendidos deberes relativos al blanqueo, el hecho de ser "el abogado habitual de la familia A.", cuyos miembros casi al completo habían sido co-condenados por el delito de blanqueo de capitales. La sentencia de la AP de Cádiz, cuando en la pág. 27 comenzaba con la valoración de la prueba respecto del abogado, señalaba en este sentido —a nuestro juicio y al del Tribunal Supremo equivocadamente—: "(...) para establecer un nexo de unión entre el resto de acusados y los Sres. J. (abogado) y S. (director de una sucursal bancaria) debemos señalar que el letrado J. es el abogado habitual de la familia A., como lo demuestra el amplio informe policial que obra a los folios 1422 a 1497, debidamente ratificado en juicio y que acredita que el propio letrado o personas estrechamente vinculadas a su despacho profesional como el letrado V. o el graduado social G. han realizado actuaciones jurídicas tanto a nivel procesal, como administrativo o fiscal para miembros de dicha familia. Se han aportado copias de las asistencias del letrado, tanto a M. cuando éste ha sido detenido desde 1992 hasta la presente causa, así como a otros miembros de la familia en al menos 16 ocasiones, incluso las declaraciones de este procedimiento, de época anterior a que se le relacionara con la misma al abogado en las investigaciones judiciales y policiales. En las entradas y registros practicados en esta causa, se ha encontrado tarjetas de visitas del Sr. J., del letrado con el que compartía despacho, así como del graduado social, Sr. G., que en un periodo de tiempo también ejercía su profesión de asesor en el mismo despacho profesional (...). Además, este último es asesor fiscal de la familia A., según el mismo ha reconocido en su declaración testimonial (...). Se ha admitido por el Sr. J. que en una ocasión encargó una investigación a un detective privado a favor de M. y se ha acreditado que personal de su despacho ha gestionado algún contrato de suministro a favor de la esposa de M.". "Por lo tanto, el proceder cuando menos infrecuente del Sr. J. sólo se justifica de forma lógica con los elementos acreditados anteriormente, esto es, su carácter de abogado habitual de la familia A. y el hecho de que la persona que acudió a su despacho era miembro de la misma, cuestión que conocía por el trato preferente que le otorgó" (pág. 30).



En ocasiones, como ya vimos, el Legislador, consciente de que ciertas actividades diarias son utilizadas por la delincuencia para blanquear capitales, impone unos deberes de información y colaboración a quienes desempeñan dichas actividades, aunque sean cotidianas, y así, para casinos, inmobiliarias, notarios<sup>36</sup> y abogados, por ejemplo. En estos casos, el sujeto no puede ampararse en que el "blanqueador" ha realizado una transacción cotidiana —jugar en el casino, comprarse una casa, etc.—, para negar la imputación, pues el Legislador, precisamente, ha impuesto obligaciones suplementarias para dichos supuestos. Se podrá estar o no de acuerdo con que se impongan dichas obligaciones cuasi-policíacas a un gran número de ciudadanos, sin preparación alguna para ello, y, además, habiendo incriminado de forma adicional también el blanqueo imprudente. Pero esta es la situación legislativa, y así debe ser aceptada. Ello ya fue analizado *supra* bajo el epígrafe del "riesgo permitido" y al respecto no es necesario añadir nada.

Pero la doctrina de los "actos neutrales" impone que ello sea así —vale decir— *hasta ahí, y ni un milímetro más*<sup>37</sup>, es decir, sin que se produzca ni una sola ampliación de tales deberes a supuestos no contemplados por la normativa antiblanqueo, sin que se produzca, en definitiva, una interpretación analógica o extensiva de una legislación ya elefantíaca de por sí, a costa de imputar donde en verdad sólo había un simple "acto neutral" profesional de abogado (o de notario, agente inmobiliario, empleado de banca, etc.)<sup>38</sup>. En este sentido, por cierto, el

Frente a esta argumentación, resulta claro que ser "el abogado de la familia A." no constituye indicio alguno de la comisión de un delito de blanqueo de capitales, sino que es un hecho inocuo, una "acto neutral" expresión por lo demás del derecho fundamental de defensa. Desde luego, que nuestra Constitución no permite el Derecho penal de autor, ni siquiera excepcionalmente, de tal modo que un supuesto indicio que se base en tal argumentación, debía ser eliminado del pretendido elenco probatorio, como así ha hecho el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, cit., de 5 de octubre de 2006. Afirmar lo contrario, constituiría una intolerable identificación cliente-Letrado, que resulta absolutamente incompatible con la función dentro de la Administración de Justicia que tiene asignada la Defensa Letrada en un Estado de Derecho.

<sup>36</sup> Cfr. también Fuentes Martínez, Jesús-Julián, Control de legalidad notarial e ilícitos penales, en: Delitos económicos. – La función notarial y el Derecho penal, Pamplona 2007, págs. 35 y ss. (67 y ss., 76 y ss.); allí también: Zaragoza Aguado, Javier Alberto, El blanqueo de capitales. – La comisión culposa y las profesiones jurídicas, págs. 197 y ss.; allí también: Silva Sánchez, Jesús María, La protección penal de la función notarial. – Situación actual y perspectivas de futuro, págs. 261 y ss.; Cobo del Rosal/Zabala López-Gómez, Blanqueo de capitales, – Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, cit., págs. 54 y s.

<sup>37</sup> Véase asimismo Robles Planas, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, cit., págs. 51 y ss., especialmente: pág. 60; el mismo, Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales, Barcelona 2007, págs. 26 y ss.; Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputación, cit., págs. 347 y ss., 355 y ss.

<sup>38</sup> En este sentido, es el propio Legislador, con sus normas antiblanqueo específicas para abogados, el que ha sustituido otros posibles criterios de valoración de la supuesta "neutralidad" de una actuación, como la pauta de comprobar si el comportamiento alegado como "acto neutral" se halla o no dentro del ámbito de adecuación profesional (Hassemer); sobre la discusión, en detalle, Pérez Manzano, Los Derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales", cit., págs. 815 y ss.; de este modo, la falta de concreción que ha sido correctamente criticada (Robles Planas, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, cit., págs. 43 y ss.) en todo caso no afectaría a la propuesta que está siendo defendida en el texto. – Ragués y Vallès, Blanqueo de capitales y negocios *standard*, cit., págs. 154 y ss., propone una acotación de la acción neutral con base en "el fundamento de la punición del blanqueo" —que también expone—, que

cobro de honorarios por parte de un letrado, nunca puede dar lugar al delito de blanqueo de capitales<sup>39</sup> (debe reiterarse que ni tan siquiera es necesario analizar los posibles conocimientos especiales del abogado), igual que la empresa de suministro de electricidad o del agua, o el dueño del supermercado, tampoco responden por tal delito aun cuando el dinero recibido sea de procedencia ilícita. Se trata, en todos estos casos, de puros actos neutrales que no dan lugar a imputación: en modo alguno podría concluirse que se trata de conductas que sólo tienen el sentido de apoyar la conducta delictiva del blanqueador, son antes bien, meros actos de cobro de lo debido.

Desde ventajas fiscales —que naturalmente son perfectamente lícitas—, a la muy arraigada costumbre en otros países —en particular los de tradición anglosajona— de constituir siempre sociedades mercantiles hasta para la más mínima inversión, son algunas de las posibles explicaciones plausibles y alternativas<sup>40</sup> de la constitución de sociedades a través del asesoramiento de un abogado, o, incluso —también muy habitual— siendo las mismas administradas por el propio letrado. En tanto la actuación del abogado se encuentre allende de los ya muy extensos deberes impuestos por la normas antiblanqueo, la misma es el ejercicio de una profesión en el sentido referido por el Tribunal Supremo, es decir, una actuación inocua o, si se prefiere, *standard*, y la posible desviación hacia lo delictivo que de tal actividad pueda hacer un cliente suyo no se diferencia en modo alguno de la desviación hacia lo delictivo que día a día se produce, por intercalar un nuevo ejemplo, de la actividad profesional de los pilotos de aerolíneas cuando con el concurso de su ineludible causalidad es introducida droga

probablemente sea compatible con lo expuesto en el texto en la mayoría de las ocasiones, si bien es cierto que un "acto neutro" es neutral respecto de *cualquier* resultado delictivo, es decir, respecto de cualquier "fundamento de la punición"; por eso es neutral, neutral respecto de un homicidio, unas lesiones o un blanqueo, y otros; el panadero del tan citado ejemplo no responde por blanqueo (el "narco" introduce con su compra, empero, dinero sucio en el circuito lícito), ni por homicidio (el asesino envenena la barra de pan), ni por estafa (se hacen unos aperitivos que ayudarán en una invitación al engaño bastante), ni por delito contra la salud pública (se hace con el pan un "paste" de hachís), etc.

<sup>39</sup> Cfr. también Córdoba Roda, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, cit., págs. 62 y s.; Palma Herrera, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., págs. 533 y ss.; Pérez Manzano, Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales", cit., págs. 798 y ss.; sobre la posibilidad de restringir el abogado de libre elección en supuestos de blanqueo, contrario, con acierto: Martín Pallín, José Antonio, Blanqueo de dinero, secreto profesional y criminalidad organizada, en: Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Libro homenaje a Antonio González-Cuellar García, Madrid 2006, págs. 653 y ss., 658; en Alemania, zanjando la polémica doctrinal y jurisprudencial anterior (cfr., detallado, Ragués y Vallès, Blanqueo de capitales y negocios *standard*, cit., págs. 132 y ss.), el Tribunal Constitucional en 2004 ha establecido que sí existe posible delito de blanqueo para el abogado, cuando conozca *seguro* la procedencia ilícita del dinero; en todo caso, no hay una obligación de indagar dicha procedencia, no siendo suficiente un eventual conocimiento (reducción teleológica del tipo): BVerfGE 110, 226, 267; sobre la problemática, con más referencias, por todos: Prasser/Winkelbauer en: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, cit., parágrafo 16, número marginal 33 y ss.; parágrafo 51, número marginal 37 y s.; al respecto, detallada, Pérez Manzano, Los Derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales", cit., págs. 789 y ss. (791 y ss.).

<sup>40</sup> Esas "explicaciones" demuestran que el resultado de lavado no es imputable objetivamente al abogado, y vienen a sustituir, correctamente, la mera "causalidad hacia el resultado" del lavado; véase también Reyes Alvarado, Yesid, Causalidad y explicación del resultado, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra 2005, págs. 875 y ss.

en nuestro país. Habrá de “superar los límites del papel social profesional de cooperante” la actividad del abogado, para que pueda producirse imputación de un resultado de lavado, habrá de existir “una relación de sentido delictivo”, unívoca, no cubierta por su rol de letrado, de otro modo, no existirá imputación objetiva del resultado. Sin duda, pues, que el supuesto del abogado resulta paradigmático en orden a los denominados “actos neutrales” —igual que, por ejemplo, lo son también los del notario, el empleado de banca, el procurador, etc.—. Las actividades propias de estos profesionales —en realidad las de cualquiera—, ayunas de este criterio, resultarían inasumibles, se convertirían —ha dicho el acervo popular consciente de este problema— en una suerte de “deporte de riesgo”.

5. Sentada la anterior doctrina, la Sala Segunda ha tenido una nueva oportunidad de ocuparse de la cuestión de los “actos neutrales” en una todavía más reciente sentencia —absolutoria—, de 6 de marzo de 2007, al enjuiciar el comportamiento de un agente de la Policía local de Valencia que, como Secretario de un atestado, había sido condenado por delito de denuncia falsa por recoger la declaración mendaz del instructor de la causa.

La doctrina del Alto Tribunal resulta, una vez más, de alto rendimiento dogmático, pues de una forma clara y precisa se refiere a tres cuestiones de suma importancia. En primer lugar, y exactamente en el mismo sentido que venimos manteniendo para el concreto caso del abogado, el Tribunal Supremo deja claro que a los efectos de imputación no hay que estarse a criterios de causalidad, por cuanto los mismos no sólo carecen de relevancia dogmática, sino que distorsionan la solución conduciendo a una responsabilidad en realidad inexistente; antes bien, en la línea establecida desde hace tiempo, y a la que también nos hemos referido ya, hay que estarse a la creación o no de un riesgo jurídicamente desaprobado, como parámetro preliminar de la tipicidad objetiva. En segundo término, la Sala se refiere al dolo, elemento en el cual ni tan siquiera le es necesario entrar: su concurrencia o no —tras dejar constancia de que el Tribunal *a quo* no lo había analizado— resulta irrelevante; como quiera que el acto del secretario del atestado era un “acto neutral”, la cuestión de sus conocimientos, es decir, de su posible dolo, nada aporta a la comisión del hecho punible —desde un punto de vista normativo (al hecho punible, no al hecho natural)—, conclusión que es reforzada, una vez más, con el argumento causal: indudablemente el comportamiento del acusado sí aportó al hecho natural, pero no al normativamente considerado, al hecho punible. Por fin, en tercer lugar, la Sala recuerda que ya desde el precedente de la sentencia de la colza, sabemos que todas estas cuestiones de imputación objetiva, es decir, también las de los actos neutrales, no son materia de las causas de justificación, es decir, de la antijuricidad del hecho, sino de la atipicidad del comportamiento. Permitasenos, una vez más, la amplia cita del pronunciamiento del Tribunal Supremo, a la vista de su trascendencia:

*“En nuestra jurisprudencia se ha receptado en diversos precedentes la teoría de la imputación objetiva (entre otras STS de 23.4.1992)<sup>41</sup>, que requiere para la tipicidad de la acción que ésta constituya un peligro jurídicamente desaprobado. Es decir, la relación causal de la conducta con el resultado no es suficiente para la realización del tipo, es preciso que el autor haya actuado por encima del límite del riesgo permitido. En el caso de este recurso, por lo tanto, no es necesario considerar la cuestión de la eventual justificación, en el sentido del art. 20.7<sup>a</sup>*

<sup>41</sup> Cfr. sobre esta sentencia (caso colza), Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, cit., págs. 174 y ss., 177 y ss.

*CP, de la acción del que sólo recoge en el atestado la declaración de éste, sin que conste connivencia alguna con el otro acusado. En la medida en la que su función consistía precisamente en recoger lo manifestado por otro y así lo hizo, su comportamiento no es típico, toda vez que se ha mantenido dentro (de los) límites autorizados, sin generar un peligro jurídicamente desaprobado. El secretario de un atestado policial no es garante de que las personas que declaran en su presencia lo hagan verazmente. Por lo tanto no es autor del delito. Tampoco es participe en el mismo, toda vez que, sin perjuicio del dolo, cuya consideración se omitió en la sentencia, su conducta nada aportó a la comisión del hecho punible. Es cierto que, desde el punto de vista puramente causal, sin su actuación el delito formalmente no se hubiera cometido, pero, se trata, en todo caso de una acción neutral, toda vez que no aumenta el riesgo de comisión del delito ni favorece al delito cometido por el que declara falsamente sobre un intervención policial. La jurisprudencia de esta Sala se ha referido a las acciones neutrales en diversos precedentes (SSTS 185/2005; 797/2006; 928/2006; 34/2007)”.*

Por todo ello, a las consecuencias que han venido siendo expuestas en este trabajo, debe añadirse para cerrar una más, a la luz del recordatorio que de ella hace esta sentencia, la cual, aun no siendo específica para el delito de blanqueo y la abogacía, debiera tener gran significación en este tipo de procesos: la ausencia de imputación objetiva por concurrir un “acto neutral”, se erige en motivo de *atipicidad* —falta de riesgo jurídicamente desaprobado que impide incluso que la tentativa entre en consideración—, y no, simplemente, en causa de justificación del que obra en el ejercicio de un derecho (de defensa) u oficio, del art. 20.7.º del Código Penal<sup>42</sup>.

Ello tiene como corolario práctico inmediato lo innecesario de llegar al plenario para constatar tal atipicidad, pues, a diferencia de las causas de justificación, la tipicidad debe ser apreciada durante la instrucción de la causa y, como tal, debe llevar al sobreseimiento de la misma: sería inconcebible abrir juicio oral para un hecho atípico.

## VII. RESUMEN DE CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, pues, someto a discusión las siguientes tesis:

1. Para un correcto tratamiento de la problemática del delito de blanqueo de capitales y el ejercicio de la abogacía —tal y como ha sido planteado en la Introducción—, ha de estarse a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, según la cual sólo se deduce responsabilidad penal por un resultado prohibido —aquí: el lavado— si, en primer lugar, ha sido creado por el abogado un “*riesgo jurídicamente desaprobado*”, y, en segundo término —para el caso de que esta primera premisa obtenga respuesta afirmativa—, si “*ese riesgo jurídicamente desaprobado se ha concretado en el resultado prohibido por el Derecho Penal*”. Rudimentarias soluciones meramente causales, en el sentido de tratar de deducir responsabilidad para el letrado por su simple intervención causal de asesoramiento a un cliente que finalmente blanquea, han de ser descartadas.

<sup>42</sup> De otra opinión, Palma Herrera, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., págs. 531 y s.; favorable a una solución en el ámbito del tipo objetivo: Pérez Manzano, Los Derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, cit., pág. 815 y ss.; véase también, Ragués y Vallès, Blanqueo de capitales y negocios *Standard*, cit., págs. 145 y s.

tadas. El cambio de perspectiva, modifica también en gran medida las soluciones a adoptar.

2. Se trata de imputación *objetiva*; los conocimientos —imputación *subjetiva*— que quieran atribuirse al abogado (“dolo” o “dolo eventual”), o una pretendida obligación de deber conocer (“imprudencia”), son irrelevantes, siempre y cuando no haya sido establecida previamente (sin tener en cuenta esos conocimientos o ese supuesto deber conocer) la imputación objetiva con el resultado prohibido. En otras palabras, la imputación (objetiva) no se establece con base en supuestos conocimientos (subjetivos).
3. Si el abogado se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido, es decir, si no sobrepasó el “riesgo prohibido” configurado por la normativa antiblanqueo, no habrá responsabilidad jurídico-penal. La legislación antiblanqueo determina los deberes del abogado de forma taxativa, sin que quepan aplicaciones retroactivas desfavorables sobre tal configuración, ni interpretaciones extensivas para conformar otras posiciones de garante distintas de las expresamente previstas (si un determinado Estado, por ejemplo, no es un paraíso fiscal, el abogado que opere con sociedades domiciliadas en él, actúa dentro del riesgo permitido; no caben argumentaciones analógicas contra reo al estilo de “se parece a un paraíso fiscal”, “funciona como tal”, etc.).
4. Al Legislador de un Estado de Derecho no le es dable imponer *ad infinitum* más y más deberes positivos de prevención del blanqueo a profesionales como los abogados (procuradores, notarios, comerciantes, empresarios, etc.) que, por su profesión, son ajenos a las labores de persecución del delito dentro del Estado. A estos profesionales sólo les incumbe la institución negativa general *neminem laede*, y, como siempre, de forma excepcional, deberes de *instituciones positivas*. El traspaso masivo a los ciudadanos particulares de dichos deberes propios del Estado y de sus funcionarios con formación para ello (Fiscalía, Policía, servicios específicos de prevención del blanqueo, etc.), sin más justificación para ello que la propia incapacidad estatal para la persecución del delito, resulta perjudicial, impropio de un Estado de Derecho, ahoga ámbitos de actuación libre que debieran quedar garantizados por la Constitución y no soluciona el problema del blanqueo.
5. El principio de confianza habilita al abogado para poder confiar *normativamente* en que sus clientes se comportan conforme a Derecho, aunque fácticamente se sabe que hay clientes que defraudan tales expectativas normativas. Sólo si la confianza ya ha sido defraudada —a analizar *ex ante* y nunca *ex post*—, habrá un deber de denuncia. Por ello, las obligaciones de comunicación al SEPBLAC que impone la actual normativa antiblanqueo deben ser interpretadas de forma restrictiva (principio de confianza), con suma cautela, las mismas no han de cumplimentarse de forma inmediata sin más.
6. Importante corolario del principio de confianza es la necesidad de reconsiderar las imputaciones “conjuntas” o “globales” que parece haber establecido el legislador intuitivamente para el delito de blanqueo de capitales y que cierta práctica judicial interpreta en el sentido de que *todos* los profesionales serían garantes a la vez y sin distinción del lavado de dinero, sin atender a criterios básicos de imputación objetiva plenamente asentados en nuestra doctrina y jurisprudencia para los demás delitos. Antes bien, si un abogado interviene en la constitución de una sociedad mercantil, con un capital procedente por ejemplo de un banco no domiciliado en paraíso fiscal alguno, podrá ampararse en el principio de confianza, es decir, a salvo de supuestos en los

que pueda constarse que por parte del banco ya ha sido defraudada la confianza normativa, para el letrado en todo caso el dinero será de procedencia lícita. Ese filtro de imputación, propio de la Parte General del Derecho penal, no se ha visto modificado por la legislación antiblanqueo, la cual, bien al contrario, debe ser interpretada —como cualquier legislación— a la luz del principio de confianza y de los demás criterios de imputación (también en un hospital hay múltiples garantes de la vida del paciente, pero esto no significa que por ello no rija el principio de confianza entre ellos en plenitud).

7. Aun cuando tanto las cuestiones de riesgo permitido, como las del principio de confianza, son parte del tipo objetivo, tienen también su trascendencia en el tipo subjetivo: el alegato por parte de un abogado de un error de tipo (art. 14.1 CP) será en principio plausible si estaban en discusión en el caso concreto —como suele ser el supuesto habitual según demuestra la práctica (STS 5-10-2006, entre otras)— los límites de tales substitutos de la imputación objetiva.
8. Un comportamiento profesional como el ejercicio de la abogacía puede constituirse en un denominado “acto neutral”: no es punible como participación aunque suponga una contribución fáctica (que no normativa) a la realización de un delito de blanqueo de capitales, cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda *plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, el de letrado*, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol. El abogado sólo responde si existe un *unívoco* “sentido delictivo manifiesto”, si supera *de forma ajena a su rol* “los límites del papel social profesional del cooperante”, si, en fin, “se adapta al plan delictivo del autor” o su comportamiento “implica un aumento del riesgo” (TS). Ello viene, de nuevo, exclusivamente determinado por la legislación antiblanqueo, desde luego ya suficientemente impositiva para el abogado.
9. Una vez más, si existe un “acto neutral”, el analista penal no entrará ni tan siquiera a valorar si el abogado tuvo “conocimiento” de estar interviniendo instrumentalizado en un ilícito de blanqueo ajeno, o si dicho “conocimiento” no se tuvo pero supuestamente debería haberse adquirido —con una mínima diligencia—, etc., porque en estos casos sucede que no existe tipicidad objetiva por faltar ya el riesgo jurídicamente desaprobado, de modo tal que resulta innecesario analizar una pretendida tipicidad subjetiva del comportamiento.
10. Constatada la ausencia de imputación objetiva por concurrir un “acto neutral”, ello se erige en motivo de *atipicidad* —falta de riesgo jurídicamente desaprobado—, y no, simplemente, en causa de justificación del que obra en el ejercicio de un derecho (de defensa) u oficio, del art. 20.7.º del Código Penal. Ello puede y debe ser analizado en la fase de instrucción del proceso penal, pues, a diferencia de las causas de justificación, en supuestos de *atipicidad* de la conducta investigada no es necesario llegar al plenario para el estudio de tal cuestión.

**sección de derecho  
penal**



Las imprudencias en materia de tráfico.  
Figuras delictivas. Problemas concursales

**Francisco Javier Torres Martínez**  
Fiscal coordinador de Fiscalía especial de seguridad vial

## I. INTRODUCCIÓN

La gran pregunta que todo el mundo se hace desde tiempo inmemorial y a la que el legislador intenta responder, de distinta manera en cada momento histórico, es ¿se debe castigar la imprudencia? Y caso de responder que sí, la pregunta siguiente es ¿en todo caso o solo en ciertos casos? Acerca del fundamento de la punición de la imprudencia existen numerosas teorías. En la doctrina clásica, Carrara defendía la idea del vicio de la voluntad y Almendingen su teoría del defecto de la inteligencia. Los positivistas elaboraron la teoría físico-psicológica congruente con su doctrina. Von Liszt formuló la teoría integral de carácter conciliador entre las dos doctrinas anteriores. Después llegarían Binding con su teoría del acto de voluntad, Alexander y Staub con la teoría psicoanalítica, Mezger con su doctrina unitaria, y en la doctrina finalista Welzel y su causación ciega.

La tendencia general en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de castigar la imprudencia o culpa, así desde el código de 1822 ininterrumpidamente hasta hoy ha estado incluida en los códigos penales, si bien con dos modalidades muy diferenciadas, pues, en ocasiones aparece como una modalidad abierta que en teoría sería aplicable a cualquier figura delictiva, mientras en otras como una forma de culpabilidad solo punible cuando la ley lo indique.

Partiendo de la realidad de su inclusión, ya sea de una forma o de otra, en los códigos penales, y de su consecuente punición, cabría plantear si toda imprudencia es igual o cabe una graduación de la misma. Si aceptamos la idea de que caben distintas graduaciones o intensidades, como ocurre en la realidad, necesariamente habrá que establecer una diferencia jurídica con una consecuencia en orden a las penas susceptibles de ser impuestas según esa intensidad, pues el reproche social será más o menos intenso según la imprudencia sea más o menos grave.

En el Código anterior, aludiendo a su última redacción, la imprudencia, o culpa, se caracterizaba por dos ideas fundamentales, la primera es que se consideraba, en términos generales, como una modalidad abierta en principio aplicable a cualquier figura delictiva (no cabía en aquellos delitos cuya descripción legal contenía términos como a sabiendas, de propósito, o maliciosamente, pues, estos ponían de manifiesto la exigencia ineludible del dolo). La segunda es que la imprudencia o culpa admitía gradaciones, diferenciando entre la imprudencia temeraria, la imprudencia simple con infracción de reglamentos, y la simple imprudencia.

Aun pecando de simplistas podríamos decir que la imprudencia temeraria se definía como la omisión del mínimo deber de cuidado, de la diligencia más elemental, que se debe poner en cualquier acto de la vida, y la imprudencia simple como la omisión del cuidado normal, o diligencia media, exigible al común de las personas, u hombre medio, en los actos ordinarios de la vida. La infracción de reglamentos venía a establecer una categoría intermedia entre una y otra, por cuanto añade a la segunda un plus de antijuricidad como consecuencia de la infracción de un precepto reglamentario, aproximando, pues, la segunda a la primera. Y así:

## II. LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO DEL TEXTO REFUNDIDO DEL 74 EN SU ÚLTIMA REDACCIÓN (TRAS LA REFORMA DEL 89): LA INICIACIÓN DEL PROCESO DESPENALIZADOR

- el art. 563 párr. 2 castigaba la imprudencia temeraria con resultado de daños, conforme al art 565, cuando los daños excedían de la cuantía del seguro obligatorio.

- el art 565 castigaba al que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que de mediar dolo constituiría delito, haciendo una referencia expresa a la muerte o lesiones.
- el art. 586 bis castigaba la simple imprudencia con resultado de un mal en las personas constitutivo de delito con distinta pena según que concurriera infracción de reglamentos o no.
- el art. 600 castigaba la simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causante de daños en las cosas por importe que excediera de la cuantía del seguro obligatorio.

Las consecuencias de esta regulación eran:

- solo podía constituir delito la imprudencia temeraria que producía un resultado que de mediar dolo fuera delito, y que de tratarse de resultado de daños habría de ser necesariamente superior a la cuantía del seguro obligatorio (lo que suponía una despenalización parcial respecto de la imprudencia temeraria causante de daños iguales o inferiores a la cuantía del seguro obligatorio).
- la imprudencia simple y la simple con infracción de reglamentos eran relegadas a la categoría de falta. Solo era punible la simple si el resultado era constitutivo de un mal en las personas constitutivo de delito, y la simple con infracción de reglamentos en el mismo supuesto anterior o cuando causaba daños en las cosas por cuantía superior al seguro obligatorio.
- se despenalizaba cualquier clase de imprudencia que produjera un mal en las personas constitutivo de falta, o daños por importe inferior o igual al seguro obligatorio.
- se sometía la persecución de las faltas imprudentes al requisito de procedibilidad de la previa denuncia del ofendido.

Se inicia con la reforma del año 89, como indica la Instrucción 3/2006, el paso de un modelo de responsabilidad a un modelo de seguro como consecuencia del proceso de despenalización iniciado con dicha reforma, a lo que habría que añadir la práctica desaparición del Ministerio fiscal de los juicios de faltas auspiciado por la reforma procesal de 1992, la sobrecarga de trabajo que pesa sobre Juzgados y Fiscalías, y la trivialización o banalización de las infracciones penales de tráfico cuya gravedad no es correctamente percibida.

## III. LA IMPRUDENCIA EN EL TEXTO DEL CÓDIGO DEL 95: LAS FIGURAS DELICTIVAS POR IMPRUDENCIA

El nuevo código penal del año 95 vino a introducir una novedad trascendental con respecto al código anterior al recoger en su art 12 que "las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley".

El anterior precepto transcrito implica que se abandona la construcción de la imprudencia o culpa como una modalidad abierta que en teoría sería aplicable a cualquier figura delictiva, adoptándose el criterio, por expresa disposición legal, de que es una forma de culpabilidad solo punible cuando se diga expresamente.

Consecuentemente, el código penal dedica a la imprudencia en el título preliminar el artículo 5 ("no hay pena sin dolo o imprudencia").

En el libro primero, título primero, el art. 12 ya transcrito.



Dentro del libro segundo, y siempre con referencia a la imprudencia grave, nunca a la leve, se ocupan de ella los arts. 142 (homicidio), 146 (aborto), 152 (lesiones), 158 (lesiones al feto), 159-2 (alteración del genotipo), 220-5 (sustitución de un niño por otro), 267 (daños), 301 (blanqueo de capitales), 317 (imprudencia en la prevención de riesgos laborales), 324 (daños en el patrimonio histórico), 331 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), 344 (relativos a la energía nuclear), 347 (estrágos), 358 (incendios), 367 (delitos contra la salud pública, alimentos y medicamentos), 391 (falsedades imprudentes de la autoridad o funcionario público), 447 (prevaricación judicial), 467 (deslealtad profesional imprudente del abogado o procurador), 532 (privación indebida de libertad o comunicación de presos o detenidos).

En el libro tercero, dedicado a las faltas y sus penas, la regula en el Art. 621-1 (lesiones del 147-2 por imprudencia grave), 621-2 (muerte por imprudencia leve), y 621-3 (lesiones constitutivas de delito por imprudencia leve). Las comprendidas en los números 2 y 3 del Art. 621 son los únicos casos en que resulta punible la imprudencia leve.

De la lectura de tales artículos se extraen dos ideas iniciales, la primera que solo hay dos clases de imprudencia con relevancia penal, la grave y la leve, desapareciendo la infracción de reglamentos como elemento de graduación de la imprudencia simple. La segunda idea, que solo la imprudencia grave puede servir para construir el delito, o la falta en atención a la menor entidad del resultado. Excepcionalmente, la imprudencia leve, relegada siempre a la categoría de las faltas, es punible para el solo caso de causar muerte, o lesiones que constituyan delito no comprendidos en el Art. 147-2.

Por lo que aquí interesa, destacar que solo tienen referencia a la causación con vehículo de motor o ciclomotor los Arts. 142 (homicidio imprudente), 152 (lesiones imprudentes) que gradúa la pena en función del resultado, y 621 (faltas de homicidio y lesiones por imprudencia) y la trascendencia de esta previsión se traduce únicamente en la imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el plazo que en cada caso se indica. Es de destacar que no contiene tal previsión el delito de daños por imprudencia.

Se puede afirmar por tanto que el proceso despenalizador iniciado con la reforma del 89 se ha mantenido, pues, en el código del 95 se establece un *numerus clausus* de delitos imprudentes (desaparece el delito de imprudencia con resultado de..., y se sustituye por un delito de... por imprudencia) es el paso del crimen *culpae* (delito de imprudencia) al crimen *culposus* (delito por imprudencia), la imprudencia leve solo es punible como falta cuando produce muerte o lesiones constitutivas de delito, la infracción de reglamento no es elemento que la norma utilice para graduar la imprudencia (otra cosa es que pueda servir para la valoración de la imprudencia que haga el juzgador), la imprudencia grave solo es punible como delito cuando produce resultados lesivos para las personas constitutivos de delito o cuando los resultados de daños son superiores a 80.000 €, o de 400 € si se trata de daños en el patrimonio histórico, y como falta cuando el resultado es de lesiones del Art. 147-2, la imprudencia leve solo puede ser falta de forma excepcional si produce muerte o lesiones constitutivas de delito, y finalmente sometiendo las faltas imprudentes y el delito de daños por imprudencia al régimen de la necesidad de denuncia previa del agraviado o su representante legal.

Quedan despenalizadas todas las imprudencias tanto graves como leves que produzcan resultados de lesiones constitutivas de falta, y las que ocasionen daños inferiores a 80.000 € o 400€ si se trata de daños en el patrimonio histórico.

#### IV. LA CONFIGURACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Si para saber que es la imprudencia acudimos al diccionario nos encontramos con que se define como la falta de prudencia, siendo ésta en alguna de sus acepciones equivalente a cautela, precaución, y ésta última equivale a sensatez, discernimiento entre lo bueno y lo malo, o buen juicio, lo cual nos da una primera aproximación a su concepto. Pero cuando se intenta dar un concepto jurídico penal de imprudencia lo primero que llama la atención es que no existe en el código un concepto o definición legal, es incluso difícil encontrarla en la doctrina, pues, cuando se busca lo que ordinariamente se encuentra son elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales en que se llega a la idea a través de la enumeración y descripción de sus elementos o requisitos configuradores.

Siguiendo la STS de 16-5-88 (García Ancos) como la resume Luzón Cuesta<sup>1</sup>, la infracción imprudente esta integrada por los siguientes elementos:

- Una acción inicial consciente y libre.
- Un resultado lesivo, típicamente delictivo, no querido ni consentido por el sujeto.
- Una relación de causalidad entre la acción y el resultado que permita la imputación objetiva de éste a la situación del riesgo creada por aquella.
- La infracción de una norma de cuidado que impone dos deberes sucesivos, el de advertir la inminencia y gravedad del peligro que suscita la propia conducta y el de comportarse de acuerdo con los requerimientos que la situación de riesgo plantea, esto es, con la diligencia y prudencia exigida por la misma, siendo la gravedad de esta infracción la que abre la posibilidad de que la imprudencia sea calificada como simple o temeraria (en terminología de hoy, leve o grave).

En otra sentencia (STS 25-07-2002, Sánchez Melgar) tal como se recoge por C. Ganzenmuller<sup>2</sup> se señala que los elementos configuradores de las infracciones culpables son:

- Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual.
- Actuación negligente o reprochable por falta de previsión mas o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo y elemento de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora.
- Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en este caso, en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria.
- Origenación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes.
- Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el *damnum* o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prevenir en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo.

<sup>1</sup> Luzón Cuesta, José María. Compendio de Derecho penal, parte general. Ed Dykinson 2000.

<sup>2</sup> Delitos contra la seguridad el tráfico (2ª edición). C. Ganzenmuller y otros. Bosch 2005.

De la conjugación de estas dos sentencias podemos concluir que:

- a) La acción u omisión ha de ser voluntaria y libre y no maliciosa pero infractora de un deber objetivo de cuidado lo que supone la no observancia de la prudencia y diligencia exigida, que es el núcleo central del delito por imprudencia, con relación al riesgo, o plus de riesgo sobre el admitido<sup>3</sup>, que esa acción crea, y estando en la mano del sujeto que actúa la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para su evitación, lo que implica, necesariamente, el conocimiento del riesgo que se crea. Será, en definitiva, esta falta de prudencia o diligencia lo que habrá de ser calificado como grave o leve.
- b) El resultado lesivo que ha de ser típicamente delictivo, es elemento esencial pues sin resultado no existe delito por imprudencia, y no siendo posible las formas imperfectas como la tentativa<sup>4</sup>, pues el resultado es integrante del delito imprudente ya que éste es ante todo un delito de resultado al punto que sin daño efectivo no puede existir responsabilidad por culpa (¿la culpa de qué?). Este resultado ha de ser previsible (como elemento subjetivo que habrá de atender a las facultades mentales del agente) y evitable (como elemento objetivo). Los resultados imprevisibles o inevitables, por su propia naturaleza, quedan fuera del tipo por imprudencia pues en el primer caso no aparecía como necesaria la adopción de la medida de cuidado, y en el segundo la causación no dependía de la adopción o no de tales medidas.
- c) La relación de causalidad es el nexo de unión, entre el acto inicial y resultado dañoso previsible y evitable, desde un plano objetivo. Ya desde una sentencia del año 1935 se ha venido admitiendo por la jurisprudencia la teoría de la causación natural (el que es causa de la causa es causa del mal causado) si bien atemperada con la teoría de la causación adecuada. Así, en la STS de 4-6-71 se dice que en los supuestos en que concurren distintas actividades causales debe estimarse como eficiente en este campo jurídico penal, aquella que merezca calificarse como adecuada o determinante, según experiencia normal para que el resultado naturalmente se produzca, careciendo de toda relevancia las demás causas estimables como secundarias.
- d) En cuanto al elemento subjetivo la acción inicial voluntaria y libre ha de estar exenta de todo dolo ya directo ya eventual. Lo que plantea una primera delimitación de la imprudencia, el problema de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente o con previsión, lo que Luzón Cuesta llama zona de duda. Tradicionalmente se ha venido diferenciando diciendo que en el dolo eventual el resultado se representa y se actúa aceptándolo para el caso de producirse, mientras que en la culpa con previsión ese resultado representado no se acepta y se actúa en la esperanza de que no se produzca. Así, se podría diferenciar entre una imprudencia consciente en la que el sujeto tiene conocimiento del peligro que genera en abstracto pero no en concreto, y una imprudencia inconsciente en la que el individuo actúa con una falta de previsión tal que desconoce tanto el peligro abstracto como el concreto.

<sup>3</sup> téngase en cuenta que el ámbito de la circulación de vehículos a motor es uno de aquellos donde mas aceptación del riesgo existe.

<sup>4</sup> Como después se dirá hay autores que creen que los delitos por imprudencia en tentativa, cuando afectan a ciertos bienes jurídicos que el legislador estima necesitados de ello, se castigan a través de su configuración como delitos de peligro abstracto o concreto.

## V. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONCURSOS Y LA NORMA DEL ART. 382 C P.

*Vaya por delante que la doctrina y la práctica vienen desde hace algún tiempo echando en falta una doctrina actualizada del Tribunal Supremo en materia de imprudencia, siendo la razón fundamental el que desde hace algunos años este tipo de delitos no llega, salvo casos excepcionales, al alto tribunal, pues los procedimientos terminan ordinariamente en las apelaciones, bien de juicios de faltas bien de procedimientos abreviados, de las que conocen las Audiencias Provinciales, con lo cual podemos decir que se dispone de una muy extensa, variada y contradictoria colección de resoluciones procedentes de los juzgados de instrucción, de los juzgados de lo penal y de las audiencias provinciales, que hace extremadamente dificultoso, por no decir casi imposible, establecer unos criterios firmes y uniformes, razón por la que tenemos que seguir echando mano de antiguas sentencias que son las que siguen marcando la pauta.*

### 1. La coparticipación

Ha sido la regla general la afirmación de que no cabe participación en los hechos (culposos) imprudentes, pero ya afirmaba Mezger que es posible tal participación siempre que el concierto se refiera al acto productor del resultado, pero no a éste pues no hay intención. La jurisprudencia del TS ha admitido la codelincuencia en los delitos (culposos) imprudentes siempre que halla acuerdo o coincidencia de voluntades en la realización de un mismo acto peligroso (STS 20-5-1970) y en otras posteriores (como la de 3-3-1989).

### 2. La compensación de culpas / concurrencia de riesgos

Si junto a la (culpa) imprudencia del agente se da la de la víctima ¿pueden compensarse a los efectos de excluir la responsabilidad criminal? Comúnmente se ha venido afirmando la tesis negativa con tres tipos de razonamientos. Uno primero basado en razones de política criminal afirma que admitir tal cosa sería como poner en vigencia criterios taliónicos y obedecería al principio de considerar el daño como una deuda privada, por ello si bien es admisible tal compensación en el ámbito del derecho civil no lo es en el ámbito del penal. Por razones técnicas, en segundo lugar, se oponían los que afirmaban que la conducta culposa de la víctima no rompe el nexo causal entre el hecho inicial y el resultado dañoso. Por último, en tercer lugar, algunos autores como Antón Oneca y Quintano si bien partían de que no se debía aplicar la compensación de culpas aceptaban que cuando la del sujeto pasivo excedía en relevancia a la del agente podía producir una interferencia en el proceso causal, lo que podía llevar a considerar la actuación del sujeto activo como accidental y fortuita, por lo cual trasladaban el problema a la relación causal. Esta última era la tesis recogida en la STS de 18-6-73, en la que se afirmaba que "el viejo apotegma de la no compensación de culpas en lo penal...tiende a ser explicado por la mas reciente jurisprudencia de esta Sala de acuerdo con la mejor doctrina como un supuesto de concurrencia de conductas de autor y víctima dentro del plano causal con la consiguiente repercusión en la culpabilidad, de tal modo que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa prima del resultado habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita y que, por el contrario, si predomina la imprudente conducta del reo sobre la arbitraria del ofendido o se muestran ambos como igualmente favorecedores del daño causado, habrá lugar a imputar al primero su negligente acción si bien

adecuando el grado de su culpa —temeraria o simple (grave o leve en nomenclatura de hoy día)— a la respectiva ineficacia causal de las concurrentes conductas. En la STS de 31-3-82 se dice “En casos excepcionales, cuando la culpa de la víctima es de tal gravedad que su inserción en la relación causal hace que el resultado sea consecuencia indeclinable de la misma, apareciendo la del inculpaado como manifestamente irrelevante en cuyo caso queda totalmente exonerado de responsabilidad. Otras veces degrada la gravedad de la infracción culposa que de temeraria puede pasar a ser simple...Finalmente puede influir moderando el quantum de la indemnización en correlación directa con la intensidad de la culpa.” Analizando posteriores sentencias se llega a la conclusión de que la aplicación de estas ideas exonerantes, degradatorias, o simplemente moderadoras de la responsabilidad civil las aplica el TS con una prudente moderación (la STS 30-11-89 así lo recoge expresamente) e incluso negando toda eficacia en ocasiones (STS 22-2-99) afirmando que la situación de culpa en uno y otro no neutraliza ni degrada la mas grave sino que daría lugar a una situación en la que habría que valorar y calificar en su caso las diversas culpas que se apreciaran, con incidencia —si acaso— en la materia de indemnización civil. Podemos, pues, extraer el principio de que no hay degradación cuando el perjudicado aporta una conducta que no influye en la creación del riesgo o la producción del siniestro, o cuando la del sujeto activo es de tal magnitud que cualquiera otra aportación aparece como nimia. O dicho en otras palabras, la exoneración o degradación solo se produce cuando la conducta del sujeto pasivo supone una aportación a la creación del riesgo y producción del siniestro de tal entidad que sin ella el riesgo, y en consecuencia el resultado, no se hubieran producido (culpa exclusiva de la víctima) o bien resulta relevante a los mismos efectos (degradación) (STS 18-3-2002, 15-4-2002, 29-2-92). Las STS 70/2005 de 22 de febrero y 491/2002 de 18 de marzo nos dicen que “no tiene aptitud la participación de la víctima en el hecho para convertir en leve la imprudencia del acusado cuando ésta, en si misma considerada, ha de reputarse grave”.

### 3. La calificación de la imprudencia como grave o leve. Especial referencia a la circulación viaria

Por referencia a la anterior nomenclatura de la imprudencia, se identifica hoy día la imprudencia grave con la que antes era la temeraria, y la leve con la que se decía simple. Decíamos anteriormente que la imprudencia grave es la única que puede engendrar conductas calificables como delito o falta, mientras que la leve solo puede hacerlo excepcionalmente, siendo la regla general que la imprudencia leve no da lugar a responsabilidad penal. Con estos presupuestos se alcanza inmediatamente la enorme importancia que tiene saber cuando estamos en presencia de una u otra, sin embargo la línea que las separa es tan difusa que es prácticamente imposible dar soluciones generales para saber cuando estamos en presencia de una u otra. Ahora bien, constituyendo la infracción del deber el núcleo de la imprudencia será aquí donde tendremos que fijarnos para, en relación con la intensidad del deber omitido o diligencia no observada, calificar una imprudencia de grave o leve. Silvela decía que la imprudencia temeraria (grave) supone la omisión del cuidado y diligencia que puede exigirse al menos cuidadoso. El TS en sus sentencias también habla de la omisión de las más elementales normas de cautela, o la ausencia absoluta de esta. Si nos atenemos a su jurisprudencia ya en STS de 3-3-72 se nos decía que “para conocer la clase de culpa productora del evento y hacerla objeto de la adecuada reprochabilidad judicial, a falta de criterios diferenciales nor-

mativos, debe efectuar el órgano judicial, el juicio valorativo, entre la culpa lata o temeraria y la leve antirreglamentaria atendiendo fundamentalmente a la causa creadora de la situación de peligro, su racionalidad y más o menos fácil previsibilidad y probabilidad del resultado, con ponderación de la omisión espiritual, y de los deberes de cuidado impuestos y no guardados, que desencadenaron la mayor o menor situación de riesgo, de manera tal, que si se originó la situación potencial de peligro grave, la culpa será temeraria, y se calificará de leve en caso de que el riesgo originado fuera de inferior condición, pues la diferencia es cualitativa, y no opera en ella la entidad cuantitativa de los resultados acaecidos, ni siquiera la presencia de infracciones reglamentarias, que si necesarias, como elemento objetivo, en el último supuesto, pueden coexistir con la culpa lata, dándole incluso mas vigor, y sin dejarla por ello de aplicar, pues solo necesita para constituirse, el alto índice personal de irreflexión, ligereza, falta de cuidado, impetu o atrevimiento puesto en la conducta observada”.

En la STS de 6-2-82 se dice que “toda la problemática doctrinal descansa en la distinción entre una y otra clase de imprudencia, y, sobre este punto concreto la jurisprudencia tiene establecido reiteradísimo que el órgano judicial ha de tener en cuenta: la mayor o menor falta de diligencia, la diferente intimidad de la previsibilidad del evento, y la naturaleza y el carácter que presente la infracción del deber que impone la normativa reguladora de la conducta que origina el resultado dañoso”. En la STS de 9-6-82, que repite mas ampliamente lo mismo que la anterior se hace una modificación importante pues se cambia y en vez de decir “la infracción del deber que impone la normativa reguladora” se dice “el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural de la convivencia social, sin olvidar la específica que normativiza y reglamenta ciertas y concretas actividades”. A ésta última idea obedecen, a nuestro parecer las STS de 9-3-89 que conceptúan como grave el “conducir con falta de sueño”, la de 20-4-90 que se refiere a conducir “no habiendo parado aunque el sueño le vencía”, la de 8-6-92 que considera imprudencia grave “conducir con defecto visual grave” o la STS 791/2001 que se refiere a conducir “con sueño y sopor”. La conclusión que podemos extraer es que poco o nada a cambiado desde que se dictaron estas sentencias, la diferenciación habrá que establecerla en atención y tras el estudio del caso concreto, siendo la casuística extensísima como se pone de manifiesto en la obra de C. Ganzenmuller, ya citada, que hace un intento de sistematizar o clasificar la mencionada casuística.

La instrucción de la FGE 3/2006 contiene unos criterios de calificación jurídica de los ilícitos imprudentes, con cita de numerosa jurisprudencia, que pasamos a resumir:

1. Para distinguir la imprudencia grave de la leve habrá de atenderse:
  - A la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión.
  - A la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado.
  - A la mayor o menor intensidad de la infracción del deber de cuidado quedando tal intensidad referida a que las normas de cuidado infringidas sean o no tan elementales como para entender que las respetaría el menos diligente e los ciudadanos (grave) o un ciudadano cuidadoso (leve).
2. La Sala 2ª ha definido la imprudencia grave en relación con el tráfico rodado, como “la mas grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial”, o la “vulneración de las reglas más elementales de cautela o diligencia exigibles en la conducción”. Por el contrario, la imprudencia leve es la “omisión de la atención normal o debida en relación con los fac-

tores circunstanciales de todo orden que definen el supuesto concreto" o "la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance".

3. Para la calificación jurídico penal de la imprudencia a de atenderse esencialmente al desvalor de la acción, es decir al grado de negligencia con que se conduce el autor del hecho lo que exige un estudio individualizado caso por caso.
4. En concreto se han estimado gravemente imprudentes, atendidas las circunstancias del caso enjuiciado, los siguientes supuestos:
  - circular a velocidad excesiva rebasando el vehículo que se encontraba parado ante un paso de peatones.
  - conducir con exceso de velocidad en una población.
  - salirse de la calzada e invadir la calzada opuesta.
  - la inobservancia de preferencia de paso en un cruce.
  - rebasar semáforos en rojo.
  - adelantar sin visibilidad.
  - conducir sin prestar atención alguna a las incidencias viarias.

**4. Problemas concursales: 1) producción de diversos resultados. 2) posibilidad de concursos con otras figuras delictivas. La norma del Art. 382.**

- 1) La distinción tradicional en la configuración de la imprudencia bien como crimen culpae o bien como crimina culposa en los términos antes indicados tiene una gran trascendencia en el supuesto de que un mismo acto imprudente genere diversos resultados penalmente relevantes, de tal modo que si se sigue la idea del código anterior que aceptaba el delito de imprudencia, todos los resultados se consideraban resultados de una misma y sola acción hablándose de un delito de imprudencia con diversos resultados, y al que se aplicaba la pena correspondiente según el resultado mas grave. Por el contrario en el actual sistema del CP que adopta el criterio del crimina culposa o delito por imprudencia, la solución anterior es imposible desde el punto de vista legal y por tanto habrá tantos delitos por imprudencia como resultados penalmente relevantes, y tratándose de un supuesto en que un solo hecho constituye dos o más delitos habrá que aplicar las normas del concurso ideal e imponer la pena del delito más grave en su mitad superior, salvo que resulte mas beneficioso para el reo la punición separada de las infracciones (Art. 77 CP). Lo anterior también tiene trascendencia en el caso de resultados de daños pues impide la suma de los diversos daños producidos para alcanzar el límite que permite su persecución por la vía penal.
- 2) La posibilidad de que el delito por imprudencia entre en concurso con otras figuras delictivas, y tratándose de delitos por imprudencia en el ámbito de la circulación de vehículos de motor aún más, es una realidad cotidiana que no por ello está bien solucionada. El Art. 382 CP prevé que "Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado". La expresión "cuando con los actos..." significa que se están integrando las conductas previstas en los Art. que a continuación se indican en la producción de

un resultado ulterior. Por tanto los delitos de peligro abstracto, de forma escalonada y prácticamente en el orden de su regulación en el código, pasan a integrarse en una conducta más amplia que produce un resultado lesivo concreto constitutivo de delito quedando absorbidos por ésta última, en lo que ha venido en llamarse progresión delictiva. Pero esto ocurrirá solo si con los mismos actos se ocasiona además del riesgo el resultado lesivo constitutivo de delito, lo que exige que esos actos estén integrados en la relación causal de ese daño ulterior ya que en otro caso, a nuestro juicio, quedarían en situación de concurso ideal, solución esta que nos parece lógica ya que puede ocurrir que el daño provenga de una circunstancia que nada tiene que ver con esos actos, previstos en los artículos anteriores, aunque sean imputables al mismo sujeto, o por hechos extraños al sujeto activo. Podemos afirmar, si admitimos las tesis de la absorción, que desde el punto de vista del legislador (de lege data) se está dando la solución correspondiente a un concurso de normas conforme a lo previsto en el Art. 8 CP. Quizás por esta razón alguna parte de la doctrina (Gracia Martín)<sup>5</sup> como ya aludimos antes, afirma que el código penal ha tipificado de un modo expreso la imprudencia sin resultado como delitos de peligro abstracto o concreto como ocurre en los Art. 379 y ss. y ello como consecuencia del adelanto de las barreras defensivas. Sin embargo todo lo anterior, la solución punitiva que el Art. 382 ofrece no es la propia del Art. 8 que castiga solo, según el caso, por el delito especial, principal, más amplio, o más grave, sino que ofrece la solución punitiva del concurso ideal del Art. 77 al decir que los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción mas gravemente penada aplicando la pena en su mitad superior, pero sin establecer la posibilidad de penar separadamente las infracciones si fuera mas favorable al reo, lo cual aún siendo congruente con la idea del concurso de normas, pues al absorber una conducta a otra solo hay un delito, no aclara el por qué de la agravación de la pena frente al criterio del Art. 8. Algún sector doctrinal, que defiende que no se trata de un concurso de normas sino de un verdadero concurso ideal admite la posibilidad de aplicar las reglas punitivas del Art. 77 en su conjunto tanto por criterio de analogía como por ser más favorable al reo. Pero de una interpretación lógica y sistemática de los preceptos de los Art. 379, 380 y 381 llevan a la conclusión de que se trata, al menos para el legislador de supuestos de absorción de conductas. Así, el Art. 379 prevé dos tipos delictivos (la conducción a velocidad excesiva y bajo influencias de bebidas alcohólicas o sustancias toxicas), que en el caso de concurrir ambas conductas (velocidad excesiva y conducción bajo el efecto de sustancias toxicas) darían lugar no a un concurso de delitos sino a un tipo distinto que absorbe a ambas como sería la conducción temeraria del Art. 380-1, dada la previsión del Art. 380-2, si bien es discutible si sería necesario para esa absorción el que se hubiera producido un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, ya que el Art. 380-1 exige este requisito además de la temeridad manifiesta que es lo que se presume en el 380-2 cuando concurre velocidad y sustancias toxicas en los términos del Art. 379-1 y 2. A mi juicio, si no se da el concreto peligro las conductas estarían en concurso ideal del Art. 77 (un mismo hecho que constituye dos o más delitos), pues solo por el plus de antijuricidad que supone el concreto peligro

<sup>5</sup> Gracia Martín, en la obra Comentarios al Código penal, parte especial. Con otros autores. Editorial Tirant lo Blanch 1997.

se explica la elevación de pena en el Art. 380. Pero siguiendo con el orden lógico, si a la conducta de temeridad manifiesta con peligro concreto del Art. 380 le sigue un resultado lesivo constitutivo de delito unido causalmente a aquella acción temeraria, el resultado sería imputable a título de imprudencia grave (y decimos grave porque está ocasionada por una temeridad manifiesta y lo temerario en el diccionario es igual a excesivamente imprudente arrojando peligros) cobrando vigencia la regla concursal del Art. 382 con su criterio de absorción y castigando tan solo por el delito más grave, único existente, en su mitad superior. Y finalmente el Art. 381, que prevé el supuesto de la llamada conducción suicida, es el paso superior a la temeridad manifiesta con peligro concreto, pues al añadir a la conducta del Art. 380 "con manifiesto desprecio por la vida de los demás", está haciendo referencia a la representación en el sujeto activo de la posibilidad de causar la muerte y su aceptación para el caso de que sobrevenga pues la desprecia a sabiendas de la altísima probabilidad de su producción, y esta idea no es más que el concepto de dolo eventual, razón por la que para una gran parte de la doctrina y para la STS 615/2001 de 11 de Abril se trata de un tipo que regula una tentativa de homicidio o lesiones con dolo eventual, y en este supuesto el Art. 381, siguiendo con nuestro razonamiento, absorbe las otras conductas y las usa para integrar una conducta dolosa, que si produce un resultado lesivo además del peligro concreto para la vida o la integridad, ese resultado lesivo sería imputable a título de dolo, entrando en juego la regla concursal del Art. 382 en los términos antes vistos, aplicando la pena del delito más grave en su mitad superior, solución no exenta de posibles críticas, entre ellas, que se impondría al autor de un delito de homicidio por dolo eventual una pena que, de partida, tiene un mínimo inferior a la que corresponde al autor de un homicidio doloso en cualquier otra circunstancia, por lo que podría ser castigado el primero con mayor pena que el segundo, pero que justificamos por las razones antes expuestas.

##### 5. El principio del *versare in re illicita* y su indebida aplicación actual en materia de responsabilidades civiles.

Como los delitos comprendidos en los Art. 379, 380 y 381 son delitos de peligro no permiten en principio generar responsabilidad civil ya que en los delitos de peligro no se exige la producción de un resultado dañoso, bastando con la puesta en peligro. No obstante, es cierto que nada impide que se puedan producir daños que por su cuantía sean impunes, y que en pura técnica procesal no podrían ser reclamados en la vía penal pues lo que se está castigando es la puesta en peligro de la vida o la integridad y no el resultado dañoso. Tal cosa obligaría al perjudicado a tener que iniciar un procedimiento civil para el resarcimiento. Con el fin de salvar al perjudicado de ese calvario procesal (soportar un proceso penal en calidad posiblemente de testigo sin poder ejercitar acciones civiles, y otro civil en calidad de demandante) se establece en la regla concursal del Art. 382 que el tribunal apreciará tan solo la infracción más gravemente penada "condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado". Esta afirmación permite que si los daños no son constitutivos de delito se podrán reclamar ya que la infracción más gravemente penada es la del único delito existente, que es el de peligro. Pero hay que tener en cuenta que solo se podrá hacer esa reclamación si el daño ocasionado es consecuencia del riesgo producido

por el sujeto activo del delito de peligro pues debe haberse producido a consecuencia de la conducta peligrosa además del riesgo prevenido. No todo daño le puede ser imputado por el hecho de haber incurrido en un delito de peligro pues eso sería aplicar la doctrina del *versare in re illicita*, conforme a la cual como la conducta inicial es ilícita se responde de cualquier daño aunque no intervenga dolo o (culpa) imprudencia, doctrina hoy día absolutamente proscribida en nuestro derecho, sino que por el contrario solo responderá de aquel daño que tiene un nexo causal con la conducta peligrosa y es consecuencia de ella. Por tanto, la consecuencia procesal es que en el proceso penal se inserta un juicio civil donde se tendrá que demostrar que existe relación de causalidad y ese daño es imputable al sujeto activo.

##### 6. Medidas cautelares en los delitos contra la seguridad vial. Criterios recogidos en la Instrucción de la F G E 3/2006.

###### 1. Privación cautelar del permiso de conducir.

La medida esta regulada en los arts. 529 bis y 764.4 de la LE CRM, exigiendo este último que habrá de requerirse al imputado para que se abstenga de conducir con el apercibimiento de incurrir en el delito del Art. 384 cp. (quebrantamiento de medida cautelar), retirándole el documento y comunicándolo a los organismos competentes (jefatura de provincial de tráfico) ya que es la única forma de controlar el quebrantamiento de la medida. Su finalidad principal será la de prevenir la comisión de nuevas infracciones durante la tramitación de la causa, y el principal problema será la proporcionalidad por lo que habrá de tenerse en cuenta las penas previstas para el delito de que se trate, circunstancias y gravedad del hecho, y existencia o no de antecedentes. Puede ser especialmente oportuna en los juicios rápidos en los que es fácil y rápido enlazar la medida cautelar con la ejecución de la sentencia. Esta indicada en casos de muy altas tasa de alcohol o en casos de reincidencia. Un elemento que puede justificar en parte su escasa aplicación es el alto número de conformidades.

###### 2. La consecuencia accesoria del comiso, y la intervención del vehículo.

El Art. 127-1 C P prevé el comiso solo para los delitos y faltas dolosos, no cabe, por tanto, en los supuestos de imprudencia.

Con relación a los delitos contra la seguridad vial (379 a 385), se prevé expresamente el comiso del vehículo en el caso del Art. 381 (recordemos que lo consideramos como tentativa de homicidio o lesiones por dolo eventual) por lo que habrá de solicitarse en tales supuestos. En los demás preceptos es discutible que pueda hacerse, a favor del no está la interpretación a sensu contrario de la previsión del 381, si aquí esta y no en los demás preceptos es porque no se puede. A favor del si, que por tratarse de delitos dolosos es de aplicación la regla general del Art. 127-1 siempre bajo el prisma de la proporcionalidad, y siendo preceptiva en el caso del 381. Se puede aplicar en supuestos del Art. 384 en los que exista reiteración delictiva pues el vehículo se convierte en el instrumento para la infracción (antes con referencia al quebrantamiento del Art. 468).

Respecto de la intervención regulada en el Art. 760.4 LE CRM, se permite por dos causas, la primera cuando es necesario para realizar alguna investigación sobre el automóvil (ordinariamente periciales de distinta naturaleza) y la segunda para asegurar las responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del responsable civil. Puede ser especialmente útil en los casos de ausencia de seguro encontrando su fundamento en el Art. 70 del texto articulado 339/1990.

La inmovilización del vehículo, comúnmente vinculada a supuestos del Art. 379 (alcoholemias) encuentra su fundamento en el Art. 25 del reglamento de circulación, y su quebrantamiento puede dar lugar a iniciar procedimiento por desobediencia cuando ha habido advertencia expresa.

### 3. La prisión provisional

Es excepcional en los delitos en los que nos encontramos, y queda reservada para las infracciones muy graves. En todo caso habrán de cumplirse las exigencias de los Art. 502 a 504 Lerma. Se debe considerar especialmente en casos de muerte por imprudencia grave en concurso con otros delitos como la omisión del deber de socorro.

Los delitos contra la seguridad del tráfico. Especial referencia al delito de conducción temeraria. Seguridad vial. Procesos. Responsabilidad civil

**Luis Moreno Jiménez**  
Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga



## I. INTRODUCCIÓN

Constituye la cuestión de la circulación automovilística uno de los **problemas más graves** de la sociedad contemporánea, dado el elevado número de fallecimientos y/o lesiones graves de carácter permanente que ocasionan los accidentes que se producen debido a la inadecuada forma de conducir, al consumo previo o simultáneo de alcohol u otro tipo de sustancias, a la elevada y excesiva velocidad a la que se circula, a las condiciones meteorológicas, a veces, o, también, al defectuoso estado de las vías y/o a la insuficiente señalización de las calzadas.

Esa realidad pone de manifiesto la **despreocupación** de ciertos conductores a la hora de colocarse delante del volante, lo que provoca el pánico de otros conductores o de los peatones, de los ciudadanos en general usuarios de una u otra forma de la vía o calzada, hasta llegar a tener sensación de desprotección y de que se está ante un asunto de “violencia vial” que requiere medidas especiales para reconducir la situación hacia la necesaria “seguridad vial o en el tráfico”.

Elo lleva al **legislador** penal —como político— a adoptar medidas, ya sean publicitarias (no puede olvidarse el ya antiguo anuncio de Stevie Wonder, “si bebes no conduzcas”), administrativas (multas por exceso de velocidad, por no llevar caso o cinturón y, últimamente, el famoso “carné por puntos”) y penales (comisión de delitos con la amenaza de imposición de multas, pero, también, de “poder” ir a prisión), a veces, con excesos que, con la buena intención o con el pretexto, de solucionar el problema cierto existente conllevan implicaciones político-propagandísticas de tintes electorales.

Esto, a su vez, provoca en todo conductor una doble visión de la problemática, pues se piensa **victima y verdugo** al mismo tiempo en unos mismos hechos, puede ser arrollado, mientras camina, o colisionado, mientras conduce, o puede lesionar o matar al tiempo de conducir un vehículo, lo que le lleva a desear una cierta permisividad hasta el momento en que resulta perjudicado en que desea que caiga sobre el otro “todo el peso de la Ley”, abulia y radicalidad que hacen insoluble el problema, que ciertamente existe, hasta el punto de que algún autor ha hablado de “**muerdes gozosas**” lo que se produce diariamente en las carreteras, pero que, dada la teórica dureza de la norma en el papel, con difícil plasmación en la realidad, causa una sensación de impunidad que cierra el círculo (vicioso).

El **deseo** no puede ser otro que, poniendo las cosas en sus justos términos mediante la aplicación de las medidas procedentes, después de un real estudio de la realidad, se den soluciones efectivas a la gravedad del problema.

Los delitos contra la Seguridad Vial se encuentran, **actualmente regulados** en los **artículos 379 a 385 del Código Penal**, preceptos que conforman el Capítulo IV del Título XVII —Delitos contra la seguridad colectiva— del Libro II —Delitos y sus Penas— de dicho texto legal penal. Su contenido se debe a la reforma operada en el mismo por la **Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre** (por la que se modifica la LO. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal), en materia de Seguridad Vial, que, publicada en las páginas 49505 a 49509 del Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de diciembre de 2007, entró en vigor al día siguiente —esto es, el 2 de diciembre de 2007—, excepto el párrafo 2º de su artículo 384 que empezó a regir a partir del día 1 de mayo de 2008, de acuerdo con una “vacatio legis” enderezada a dar tiempo y avisar a aquéllos que no circulaban sin haber obtenido el permiso de conducción para que se lo “sacasen”.

Esos mismos artículos (379 a 385) componían, desde el Código Penal de 1995, **con anterioridad** a dicha reforma, el mismo Capítulo IV que se titulaba o llevaba por rúbrica “De los delitos contra la seguridad en el tráfico”, con las escasas acotaciones introducidas en el contenido de los artículos 379, 381 y 382 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre —BOE de 26 de noviembre de 2003 y entrada en vigor el 1 de octubre de 2004—, que operó una extensa modificación en materia de penalidad y, en lo que hace a la materia de que ahora se trata, en, por ejemplo, la regulación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad contenida en el artículo 49 del Código Penal, cuya imposición se recogía como facultativa por parte del juzgador —“en su caso”—. Siendo otros **antecedentes más recientes** —sin menoscabo de la primera regulación penal de este tipo de delitos en el Código Penal de 1928, que tipifica la conducción sin la obtención del correspondiente certificado de aptitud para conducir— la Ley del Automóvil de 1950; la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, que intentó aunar toda la normativa relativa a tráfico; la Ley de 1967; el Código Penal de 1973, que regula las infracciones por imprudencia; la LO. 8/1983, que despenaliza la conducción sin permiso de conducir —que, precisamente, con la norma de que se trata se reintroduce—; la LO. 3/1989, que introduce el tipo que pretende dar respuesta a los conductores homicidas; el Código Penal de 1995, que tipifica la conducta de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, que recoge como falta la realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil legalmente exigidos, entre las que se encontraba la conducción con vehículo a motor, terminología que, precisamente, se usa para sustituir a la de vehículo de motor que venía siendo utilizada, unificando así la misma con la empleada por la Ley de Seguridad Vial de 1990, recogiendo la pena de comiso del vehículo, como consecuencia accesoria del delito, en un artículo propio e independiente, el anterior 385 CP., y añadiendo que se condenaría al resarcimiento de la responsabilidad civil originada, sancionando, así, legalmente la práctica jurisprudencial de determinación, por razones de economía procesal para la víctima, de la cantidad indemnizatoria sin obligar a acudir a la vía civil para su reclamación.

La reforma —de la Ley Orgánica 15/2007— no es debida, como suele ser lo habitual, a un Proyecto de Ley del Gobierno —en virtud del artículo 88 de la Constitución Española—, sino a una **Proposición de Ley de fecha 22 de junio de 2007** —artículo 89 CE.—, cuya autoría corresponde a los Grupos Parlamentarios Socialista, Catalán, de Esquerra Republicana (de Cataluña), de Izquierda Unida, de Coalición Canaria y Grupo Mixto, con la intención —como reza el contenido de la Exposición de la Toma en Consideración producida por el Diputado socialista Sr. Mayoral Cortés— de que nadie pueda ni deba atribuirse la paternidad de la Proposición de Ley, ya que la misma es obra de la voluntad de todos los firmantes y fruto del acuerdo de todos sus proponentes tanto en su contenido como en el procedimiento de tramitación de urgencia.

La **Exposición de Motivos** de la Ley —que es idéntica a la contenida en la Proposición de Ley presentada, salvo en lo relativo a la incorporación de la Reforma, que se añade del Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial en sus artículos 68, 80 y 82, al incluirse una nueva Disposición final primera— **recoge** que se pretende evitar que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes y que se persigue (de una parte) incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer

la misma consideración. Se añade que las penas y consecuencias se incrementan notablemente, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir, sumándose a ello la no menos severa posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor o ciclomotor, en orden a disponer su comiso. Se resuelve el supuesto de concurso de normas, cuando se hubiere ocasionado, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, en cuyo caso se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiere originado. Se considera que la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada. Considerándose, **finalmente**, más ágil y preciso reunir una serie de situaciones posibles en un solo precepto sancionador, como la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo, cuya ausencia fue largamente criticada, aunque resulta cierto que algunos casos podrían tenerse, hasta ahora, como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, si bien no todos.

Su **Entrada en vigor** se produjo el día 2 de diciembre de 2007, esto es, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto el párrafo segundo del artículo 384 —relativo a la conducción tras haber sido privado del permiso o licencia o sin haberlo obtenido nunca—, que lo hizo el día 1 de mayo de 2008, como consecuencia de la aprobación de la enmienda nº 7 propuesta en el Senado por los Grupos proponentes de la Ley, estableciendo (sic, reza la misma) una "vacatio legis" específica para aquéllos que conducen sin haber obtenido el permiso de conducir permitiendo, de este modo, incentivar el cumplimiento de la normativa penal.

La reforma pone a prueba, una vez más, los fundamentos del **Derecho Penal**, pues —aunque es sabido que la materia penal es utilizada por los distintos Gobiernos, sean del signo que sean, para marcar las directrices político-criminales de sus respectivos programas políticos—, no parece que responda a los principios de intervención mínima y última ratio de aquél, ya que, por un lado, fue desgajada de otra reforma más pretenciosa y de mayor calado cuantitativo y cualitativo para hacer que tuviera aplicación unos meses antes de la celebración de las **Elecciones** Generales del 9 de marzo de 2008 y acallar el clamor popular de justicia retributiva haciéndose gala del inveterado oportunismo político y, por otro lado, sanciona penalmente materias que deberían haber sido dejadas en su natural ámbito administrativo; lo que, a su vez, plantea si es respetuosa con el principio de **independencia judicial**, sancionado en el apartado 1º del artículo 117 de la Constitución Española, que erige a los jueces —ex su apartado 3º— exclusivos acreedores del ejercicio de la potestad jurisdiccional, (sic) juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, siendo que, difícilmente, puede un juez hacer ejercicio de la correspondiente hermenéutica que conlleva la previa interpretación de la norma (penal) para decidir la subsunción de los hechos (denunciados e imputados) en la misma si la objetivación del precepto es tal —velocidad típica y/o tasa típica del artículo 379 y, también, del artículo 380, al menos en su apartado 2º— que no cabe colegir otra cosa que la que lisa y llanamente se dispone por el legislador, pudiendo entenderse así violentada la necesaria existencia del **principio de división de poderes** propia de un Estado de Derecho como el que proclama el artículo 1 de la Norma Suprema; ni siquiera esa plasmación en los términos en que se efectúa

resultaría congruente con la ecuación cuasi matemática kelseniana de "si A es B" propia del más puro dogmatismo positivista del que parece distar el contenido de la reforma operada.

Hubiera sido más respetuoso con los distintos ámbitos de un Estado de Derecho que algunas de las modificaciones llevadas a cabo permanecieran o se hubieran incardinado en la órbita administrativa, estableciendo los mecanismos que se entenderían necesarios para su aplicación y/o imposición y no cargar aún más las obsoletas maquinarias de los Juzgados con tipos penales que suponen una actuación caracterizada por un automatismo impropio de la Jurisdicción (penal), como supuso en su momento la falta de conducción sin seguro —ya eliminada por la Ley Orgánica 15/2003, pero que continúa manteniéndose para otras actividades, como la posesión de perros u otras— del artículo 636 CP., o la falta de desobediencia del artículo 634 que viene a constituir el comportamiento de los denominados "gorrillas" o "aparcacoches", congestionando la esfera penal para que los juzgados sirvan, poca más que, de negociados recaudadores que eviten esa "engorrosa" actuación que habrían de llevar a cabo los Ayuntamientos o las Direcciones Provinciales de Tráfico, como está empezando a ocurrir con el delito de quebrantamiento del segundo inciso del apartado 1º del artículo 384 CP., sin que tal circunstancia haya obligado a dar marcha atrás en este punto de la reforma, que supone la sobrecarga de los Juzgados de lo Penal de Málaga con, al menos 8 ó 10 ejecutorias más, con cada guardia diaria del Juzgado de Detenidos.

**Prende**, en definitiva, la reforma llevada a cabo, primero, dar respuesta —seguramente, exagerada— a la denominada violencia vial, segundo, adecuar la **terminología** penal —Delitos contra la Seguridad Vial, rúbrica del capítulo de que se trata sustituyendo a la anterior de Delitos contra la Seguridad del Tráfico— al lenguaje usado ya desde el año 1990 en la esfera administrativa, al denominar el Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, a la Ley que aprueba Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, si bien se olvida de retocar la letra e) del apartado 2º del artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, referido a los delitos incluidos en el ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos —los popularmente conocidos como juicios rápidos por delito—, sigue manteniendo la terminología de delitos contra la seguridad del tráfico que siguió conservando la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre —que ya modificara esta misma materia— y, tercero —pretende— reforzar y apuntalar, a juicio de algunos autores, el derrumbe por fracasado, del intento de incentivar u obligar al respeto de las normas viales ensayado por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos, el famosamente conocido como carné por puntos, miméticamente, se dice, copiado de nuestro país vecino, sancionando penalmente en el apartado 1º del artículo 384 CP., la conducción habiéndose perdido la totalidad de los (12 ú 8) puntos legalmente asignados en un inicio.

Se podría establecer una **clasificación** de las **infracciones** tal como resultan de esta nueva Ley.

Primero, infracciones de riesgo: la obstaculización del tráfico y el no restablecimiento de la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo, reguladas en el artículo 385.

Segundo, infracciones de simple actividad: la conducción antirreglamentaria, con exceso de velocidad o con una tasa de más de 0,60 miligramos por litro en aire espirado, llevando a cabo conductas que generan "peligro abstracto presunto", reguladas en el artículo 379.

Tercero, infracciones de resultado: con causación de lesiones graves (constitutivas de delito), reguladas en el artículo 382.

Cuarto, infracción de peligro: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas y con temeridad manifiesta —cuando se produce concreto peligro— o con desprecio por la vida de los demás, reguladas, respectivamente, en los artículos 379, 380 y 381.

Y, quinto, aunque al margen de la seguridad vial, desobediencia en el sometimiento a pruebas de alcohol o drogas y conducción sin permiso, reguladas en los artículos 383 y 384.

Las más significativas **modificaciones** introducidas por la LO. 15/2007, podrían sistematizarse así.

Primero, se redenomina la **Rúbrica** del Capítulo para atacar la Seguridad Vial los delitos que antes lo hacían contra la Seguridad en el Tráfico.

Segundo, se cambia la **numeración** de los artículos o, por mejor decir, se altera el contenido de los artículos en relación a la numeración existente antes de la reforma, de tal manera que el artículo 379 permanece inalterable en su esencia —aunque con las modificaciones que luego se dirán y lo atinente al establecimiento de una tasa de velocidad—; el artículo 380 regula ahora la conducción con temeridad manifiesta, cuando antes lo hacía el artículo 381; el artículo 381 acoge ahora la conducción con manifiesto desprecio —que antes regulaba el artículo 384— así como la consideración del vehículo a motor o del ciclomotor como objeto del delito —antes en el artículo 385— a efectos de poderse acordar el comiso establecido en el artículo 127 CP.; el artículo 382 regula la concurrencia de los comportamientos recogidos en los artículos anteriores —luego se verá el alcance y consecuencias— con la producción de un resultado lesivo constitutivo de delito —también se verá la distinción—, que antes recogía —de la forma que se dirá— el artículo 383; este artículo 383 ahora regula la negativa a someterse a las pruebas, denominadas, de alcoholemia y detección de drogas, de la que antes se encargaba el artículo 380; el artículo 384 crea ex novo un delito que ha de denominarse de quebrantamiento por conducir sin permiso o licencia englobando así las distintas situaciones que dicho precepto regula, delito que elimina el recurso a la aplicación del delito de desobediencia regulado en el artículo 468 CP.; y, finalmente, el artículo 385 regula el comportamiento provocador de un grave riesgo para la circulación de algunas de las maneras que establece y que anteriormente se regulaba en el artículo 382.

Tercero, se crean en los dos apartados del artículo 379 los que vienen en denominarse delitos de **“velocidad típica”** y **“tasa típica”**, al establecer un umbral determinado, de carácter objetivo, tanto de velocidad como de tasa alcohólica, a partir del cual, sin más, se comete el delito de que se trata.

Cuarto, se da una nueva definición, en el artículo 380, de lo que haya de entenderse por **temeridad manifiesta** y, puede que también, de peligro concreto.

Quinto, se elimina, tanto en el artículo 380 como en el artículo 381, sin constar la razón y con el alcance que se podrá determinar, el término **“física”** que acompañaba en los anteriores artículos 381 y 384 a la integridad de las personas.

Sexto, se cambia, en el artículo 381, el calificativo de consciente que se atribuía a la conducción con **desprecio** para introducir el adjetivo **manifiesto**.

Séptimo, la consideración del **vehículo** a motor o del ciclomotor como **instrumento del delito** se elimina del último artículo del capítulo para incluirla en un último apartado (3º) del artículo 381 con las consecuencias que ello pudiera tener para su correcta aplicación práctica.

Octavo, se matiza que el **resultado lesivo** a que se refiere el artículo 382 ha de ser constitutivo de delito, cuando antes se consideraba suficiente por el artículo 383 cualquier resultado lesivo independientemente de su gravedad.

Noveno, los comportamientos delictivos que han de acompañar a ese resultado lesivo del artículo 382 son los previstos en los artículos 379 —conducción con influencia alcohólica o toxicológica o tasa típica y/o velocidad típica—, 380 —conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro concreto— y artículo 381 —conducción con manifiesto desprecio, sea o no concurriendo un concreto peligro—, cuando el anterior artículo 383 se refería a los actos sancionados en los artículos 379 —conducción influenciada—, 381 —conducción con temeridad manifiesta— y 382 comportamiento productor de un grave riesgo para la circulación mediante la colocación de obstáculos, etc.; lo que quiere decir que se elimina esta última actuación y se incorpora la conducción con manifiesto desprecio.

Décimo, podría entenderse que se elimina en dicho 382 el prudente **arbitrio judicial**, en la aplicación de la pena, que establecía el anterior artículo 383, para prevenir la imposición de una pena aún más exacerbada que la contenida en el artículo 77 CP.

Decimoprimer, se recoge con carácter autónomo en el artículo 383 el delito de **desobediencia** que, ya regulado en el anterior artículo 380, se remitía en cuanto a su calificación como delito de desobediencia grave y a su penalidad al artículo 556 CP.

Decimosegundo, se crea en el artículo 384 un nuevo delito especial —sin necesidad de recurrir al de quebrantamiento del artículo 468 CP.— que ha venido a denominarse de **quebrantamiento especial**, que sanciona a quien condujere, bien habiendo perdido la vigencia de su permiso o licencia —por pérdida de la totalidad de los puntos legalmente asignados—, bien habiendo sido privado de cautelar o definitivamente de forma judicial de los mismos, o bien lo hiciera sin haber obtenido nunca alguno de ellos.

Decimotercero, **se elimina** del artículo 385 la exigencia del número primero del artículo 382 anterior de que (mediante la colocación de obstáculos o los otros comportamientos sancionados) se produjera una **alteración de la seguridad** del tráfico.

Decimocuarto, contrariamente a lo que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley reformadora —que dice (sic) que se incrementan notablemente las **penas**, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir—, lo cierto es que las penas de prisión y de multa, salvo error, sólo se incrementan en el artículo 381,1º; la de privación del derecho a conducir, exactamente igual, con la única salvedad de que se introduce para el “nuevo” artículo 383, pues el artículo 556 sólo establecía la pena de prisión; siendo, sólo en parte, cierto respecto de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, aunque ya existía por mor de la LO. 15/2003 para el delito del artículo 379 CP., se introduce, ahora, para el delito establecido en el artículo 385 y para el nuevo delito del nuevo artículo 384.

Y decimoquinto, se da nuevo sentido, como se dice, a la pena de **trabajos en beneficio de la comunidad**, de una parte, haciéndola de imposición obligatoria —al contrario de lo que ocurría con su regulación en el anterior artículo 379 que podría ser impuesta si, impetrada, lo decidiera así el juzgador a la vista de la expresión “en su caso”— en los artículos 379, 384 y 385, sin perjuicio de la necesidad de contar con el consentimiento del condenado de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 CP., y, de otra parte, estableciéndola como alternativa, junto con la pena de multa cuya imposición se recoge como conjunta, a la pena de prisión, a la vista de las circunstancias concurrentes en el autor de los hechos y los antecedentes penales que le consten.

## II. LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Los tipos penales se contienen en los **artículos 379 a 385**, ambos inclusive, del Código Penal y conforman, como se ha dicho el Capítulo IV (Delitos contra la seguridad vial) del Título XVII (Delitos contra la seguridad colectiva) del Libro II (Delitos y sus penas).

El **artículo 379** establece, en su **apartado 1º**, que el que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a **velocidad** superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de 3 a 6 meses o a la de multa de 6 a 12 meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años.

Castigando, su **apartado 2º**, con las mismas penas al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la **influencia** de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una **tasa de alcohol** en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

Este artículo en su redacción definitiva es idéntico a la contenida en la **Proposición** de Ley, salvo en lo relativo a que al hablar de las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, la definitiva lo hace en singular —o la de— y aquélla en plural —o a las de, como lo hace el actual artículo 385 y la redacción de este precepto en la Proposición—, sin que ello pueda variar la interpretación del entendimiento de que las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad son, conjuntamente, alternativa a la pena de prisión.

Se le olvida al legislador de 2007 la terminología empleada por su antecesor de 1995, al redactar el Código Penal (de la Democracia), de “vehículos a motor” —que sustituyó a la anterior de “vehículo de motor”— para adecuarla a la utilizada por la Ley de Seguridad Vial de 1990, siendo ello así hasta el punto de que un mismo apartado, el 1º del artículo 379 CP., utiliza ambas locuciones, “vehículo de motor” al principio y “vehículo a motor” al final, sin que tampoco los grupos parlamentarios lo tengan claro, pues el PNV y el Popular, en sus respectivas **enmiendas** nº 8 y nº 12, hablan de “vehículos de motor”, mientras que Convergencia y Unión en, por ejemplo, sus enmiendas nº 15 y nº 16, habla de “vehículo a motor”.

Este artículo sigue castigando, como ya lo hacía antes, a quien condujere un vehículo a motor o ciclomotor —ya sea de dos, tres o cuatro ruedas— bajo la **influencia** de bebidas alcohólicas o de drogas (tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), siendo de aplicación la misma doctrina y jurisprudencia que existía con anterioridad a la reforma, con la exigencia, por un lado, de la demostración no sólo de la ingesta sino, igualmente, de la influencia en el sujeto conductor y, por otro lado, la obligación “voluntaria” —en el sentido de no coactiva o posibilidad de compulsió— de la realización de la prueba de alcoholemia, sin necesidad de asistencia letrada y con las inspecciones técnicas previas del aparato.

Pero castiga, ahora también, como importante novedad, a quien condujere con **exceso de velocidad o exceso de tasa** (de alcohol o sustancias), lo que se ha venido a denominar delitos de “velocidad típica” y de “tasa típica”, por superación de la velocidad y tasa alcohólica legalmente establecidas, respectivamente, en el apartado primero y en el apartado segundo de dicho artículo. Es decir, comete el delito el conductor que a bordo del vehículo —a motor o ciclomotor (en los términos definidos en el apartado 7º del Anexo I del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley Sobre

Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, según redacción dada por la Ley 43/1999, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo, publicada en el BOE de 26 de noviembre de 1999 y con entrada en vigor a los 20 días), con exclusión, de las bicicletas (aunque podría plantearse su inclusión después de su referencia expresa en la referida Ley de Seguridad Vial para permitir, en el apartado 2º de su artículo 15, que las mismas, junto con los ciclomotores de dos ruedas, puedan, como excepción, circular en posición paralela en los casos y forma que se permitan reglamentariamente, atendiendo a las circunstancias de la vía o a la peligrosidad del tráfico), coches de niños, de minusválidos, etc.—, en primer término, conduce a 60 kilómetros por hora más del límite establecido o permitido reglamentariamente en una vía urbana —tratándose de una norma penal en blanco que necesita ser rellenada acudiendo a las normas administrativas constituidas por los artículos 45 a 52 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, habiendo sido modificada la letra a) de su artículo 48 por el Real Decreto 965/2006, de 1 de septiembre— en la correspondiente vía urbana (red básica o no de Málaga) o a 80 k/h., más del límite establecido en la correspondiente vía interurbana o, en segundo término, circula con una tasa de alcohol (en aire espirado) superior a 0,60 miligramos por litro o en sangre superior a 1,2 gramos por litro; acogiendo, así la primera de las pautas exegéticas contenidas en la **Instrucción 3/2006 de la Fiscalía General del Estado**, que establecía que, cuando el grado de impregnación alcohólica fuere superior a 1,2 gr. de alcohol por 1.000 cc. de sangre o su equivalente de 0,60 mg. de alcohol en litro de aire espirado, podrá estimarse que esa elevada hemoconcentración etílica evidencia por sí misma una merma de las facultades psicofísicas exigibles para la conducción segura de un vehículo a motor en cualquier conductor, con el consiguiente riesgo para la seguridad vial, habida cuenta de que constituye cuestión prácticamente unánime entre especialistas en las ciencias toxicológicas que a partir de tal grado de intoxicación etílica los reflejos y capacidad de percepción se encuentran objetivamente afectados, si bien con ligeras variaciones dependientes de las características orgánicas del sujeto —y, se añadía, que si excepcionalmente dicha tasa de alcohol no fuera acompañada, pese a su carácter elevado, de sintomatología que revelase signos externos de afectación etílica en el conductor, ni constase acreditada maniobra irregular alguna en la conducción de la que deducir la misma, procederá proponer prueba acerca de la influencia necesaria de esa tasa de alcohol en las facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor del imputado, citándose, en apoyo de tal entendimiento la sentencia del TC., de 19 de abril de 2004—, si bien estas últimas consideraciones no resultan ahora necesarias ante el carácter objetivo de la norma penal ahora incluida; pero sin que nada se diga de las otras sustancias.

Se ha dicho que la problemática de la velocidad podría obviarse, fácilmente, si se obligara a los **fabricantes** de vehículos a que los coches que salieran al mercado tuvieran limitada su velocidad al mismo nivel que la máxima permitida por el legislador, si bien, se dice también, tal medida, produciría cierta parálisis en la economía —razonamiento más que entendido en el momento económico actual y encajaría mal con el deseo inconfesable (a veces más que confesado) de quien se va a comprar un coche y a quien se le dice en los anuncios publicitarios que tal o cual vehículo alcanza los 100 kilómetros/hora en “x” segundos, que tiene tantos o cuantos cilindros o que desarrolla tal o cual potencia—, habiendo sido esa la razón de fondo para que se haya aplazado, hasta septiembre de 2010, la entrada en vigor de la norma —**Real Decreto 64/2008**, de 25 de enero, BOE de 26 de enero de 2008— que, modificando el artículo

12 del Reglamento General de Conductores, eleva de 14 a 15 años la edad mínima para poder conducir un ciclomotor, que debía haber tenido validez desde el 1 de septiembre de este año 2008, habiendo habido, al parecer, un reconocimiento explícito por parte del Director General de Tráfico, Sr. Pere Navarro, de que la aprobación de dicha moratoria responde a la presión de la industria "que se quejaba de que se hundirían las empresas y aumentaría el paro en el sector y que la industria de las dos ruedas argumentaba que le faltaba tiempo para incorporar la medida a sus plantas de producción, marketing y comercialización" y siendo ilustrativo en dicho sentido el contenido de la Toma en consideración de la Proposición de Ley llevada a cabo por el Diputado Sr. Herrera Torres, en nombre del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida (uno de los partidos, no se olvide, "padres" de la reforma) que expresa (sic) que si legislamos en esta materia tenemos que hacerlo de forma coherente, independientemente de lo que digan los grandes fabricantes de vehículos rápidos o como mínimo tiene que haber una limitación de velocidad, de acuerdo con lo que establezcamos en esta ley, porque si no, no tendría sentido alguno que lo que hiciéramos fuera tipificar a aquél que va a más de 200 kilómetros por hora y, en cambio, permitiésemos la venta de aquel vehículo que va a más de 200 por hora.

Elo ha **implicado** varias **consecuencias**. **Primero**, se trata de un delito de mera actividad, en el que se incurre al conducir superando los límites de velocidad y/o tasa establecidos, de tal forma que los índices inferiores a los penalmente establecidos, pero superiores a los recogidos por la norma administrativa —tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro o en sangre superior a 0,5 gramos por litro, establecidos en el artículo 20 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre—, seguirán siendo sancionados administrativamente; **segundo**, que en el caso de que, además, se pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas se podría estar incurriendo en un delito de conducción temeraria del artículo 380 CP.; **tercero**, se ha introducido una presunción iure et de iure dado que el solo hecho de conducir en esas condiciones o circunstancias acarrea la comisión del injusto y, en consecuencia, la imposición de la pena, sin necesidad de que el juzgador tenga que realizar una valoración de las circunstancias concurrentes en las que se haya producido la infracción penal —salvo lo atinente, quizá, a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal—, dado que ya no tendrá que valorar que ha existido o no un peligro para el bien jurídico protegido —por haberse configurado una tasa objetivada basada en un juicio de peligrosidad del legislador por lo que no es preciso acreditar influencia, maniobra irregular ni signos de embriaguez, pudiendo ser aplicables los criterios establecidos en la Instrucción 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, con las matizaciones relativas al límite de tasa y a la innecesariedad de elementos de prueba aún cuando no haya signos de embriaguez—, pues el legislador ya lo ha hecho por él estableciendo los parámetros que, cumplidos, integran la infracción posibilitando el entendimiento, ya referido, del rumbo (administrativizador) hacia el que camina el moderno Derecho Penal —otros hablan de proceso creciente de criminalización sin fin—, criticado por el Grupo Popular, en la persona del Diputado Sr. Souvirón García, en el trámite de la toma en consideración de la Proposición de Ley —diciendo que es preferible una respuesta integral que tenga en cuenta las posibilidades del derecho administrativo y que deje al derecho penal ser lo que tiene que ser y responder al principio de intervención mínima—, también por el PNV, en la persona del Diputado Sr. Uría Etxebarria —al manifestar que se echa en falta el viejo y buen derecho penal liberal, debiéndose apostar, en principio, por el mantenimiento de

la vía administrativa sin entrar en la penal—, pero, incluso, lo que podría resultar paradójico, por el propio Grupo de Izquierda Unida —que no se puede olvidar es coautor de la Proposición de Ley— al manifestar, por boca del Diputado Sr. Herrera Torres que el principio de intervención mínima del derecho penal tiene que ser un principio marco que, por tanto, ha de ser garantizado; **cuarto**, que se trata, en ambos casos, de una norma penal en blanco necesitada de ser rellenada por el correspondiente precepto reglamentario en el que se establezcan los concretos y determinados límites de velocidad, así como ordenanzas municipales u otro tipo de normas autonómicas —de tal forma que unos mismos hechos pueden ser típicos o no dependiendo de la parte del territorio nacional en la que nos encontremos—, pero habiéndose de contar, igualmente, con tres variables relativas, una, relativa al tipo de vía de que se trata —urbana o interurbana, características del tramo donde se ha producido la conducción y la señalización existente sobre el mismo—, dos, tipo de vehículo que conduce el sujeto activo u sobre el cual puede recaer otras limitaciones por sus características (remolques, camiones, articulados, etc.), o por la especialidad del transporte (escolares, mercancías peligrosas, etc.) y, tres, circunstancias especiales del conductor, por ejemplo el novel y **quinto**, se ha producido la plasmación e inclusión de una determinada objetivación como respuesta penal uniforme a la demanda constante de los ciudadanos de seguridad frente a la llamada "violencia vial".

Resulta claro que el **dolo** del sujeto activo del delito debe abarcar el hecho de encontrarse conduciendo a una velocidad superior a la permitida (por la norma penal), pero siendo dudoso si dicho conocimiento engloba la circunstancia de que se ha abandonado la órbita administrativa para entrar en la penal y, en todo caso, la **línea de defensa** podría ir por el camino, por una parte, de poner de manifiesto la posible existencia de una defectuosa señalización de la vía, con la consiguiente posibilidad de que el dolo del sujeto no haya podido abarcar el punto de partida en que se exigía una determinada velocidad y, de otra parte, el posible margen de error del cinemómetro utilizado para atestiguar, probar o demostrar la velocidad a la que se circulaba, teniéndose en cuenta el error técnicamente admisible en las mediciones de dichos aparatos y la posibilidad de que no cuenten con el correspondiente certificado del Centro Español de Metrología (CEM), circunstancias, es cierto, de difícil demostración, aunque, por los medios de comunicación se ha conocido un caso de un juez de Sevilla que había absuelto a un conductor, por mor de la aplicación del principio in dubio pro reo, rector del Derecho Penal, que circulaba a 186 km/h. cuando la velocidad permitida era de 100 km/h (rebasaba en 6 km/h la "velocidad típica"), siendo el argumento que no quedó acreditado en autos el error de calibración del **cinemómetro** y, siendo que el tacómetro de vehículos suele tener un error de hasta el 4% y el exceso de velocidad del 3,2%, era muy probable que la velocidad real no superara los 180 km/h, constituyendo, obviamente, caso extremos que permiten algún tipo de defensa con posibilidades de éxito, siendo así que el Server Catalá de Trànsit tuvo que devolver el importe de 3.200 multas impuestas por un radar de Tarragona que durante unos días no funcionó correctamente.

Es así que la **Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre** (del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), que regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor (BOE de 6 de diciembre de 2006), que deroga la anterior Orden de 11 de febrero de 1994, recoge en el número 4º de su Anexo III, al que se remiten sus artículos 3 y 15, que los errores máximos permitidos en las verificaciones periódicas son, en instalación fija o estática, de 4 km/h. para velocidades iguales o inferiores a 100 kilómetros y del 4% para velocidades superiores a 100 km/h. (sólo



en la verificación de instalación) y en instalación móvil, de 7 km/h. para velocidades iguales o inferiores a 100 km/h. y del 7% para velocidades superiores a 100 km/h.; resultando de aplicación la Orden de 1994 a los cinemómetros en servicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 2006, que establecía en su artículo 26 los siguientes errores: en instalaciones estáticas, de 5 km/h. para velocidades inferiores a 100 kilómetros y de 5 centésimas para velocidades iguales o superiores a 100 km/h., y en instalaciones en movimiento, de 10 km/h. para velocidades inferiores a 100 km/h. y de 10 centésimas para velocidades iguales o superiores a 100 km/h.

Siendo aplicable dicha tesis en relación a la tasa de alcohol, referido al error del **etilómetro**; así la **sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Pamplona de 11 de febrero de 2008 —EDJ 2008/11827—** absuelve al imputado de un delito de conducción influenciada por el alcohol del artículo 379.2 CP., teniendo en cuenta que el artículo 15 de la **Orden de 22 de noviembre de 2006 —BOE de 7 de diciembre de 2006—**, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado, remite al anexo II de la misma —destinado a regular el procedimiento de verificación— respecto a los **errores máximos** permitidos para los etilómetros en servicio que son, primero, del 0.030 mg/L. para todas las concentraciones menores o iguales a 0,400 mg/L. segundo, del 7,5% del valor verdadero de la concentración para toda concentración mayor a 0,400 mg/l y menor o igual de 1 mg/l y, tercero, del 20% del valor verdadero de la concentración para toda concentración mayor de 1 mg/L. y que en el caso de que se trataba —idéntico al que se dio en una Guardia de finales de 2008 del Juzgado de Instrucción número Trece de Málaga— el imputado arrojó una tasa positiva de 0,63 mg/l, se entendió que el margen de error máximo de esa cantidad podría ascender hasta un 7,5% de dicha tasa, es decir, salvo error matemático, de hasta un 0,048 mg/l de aire espirado, lo que quiere decir que en el supuesto concreto de que se trata la “verdadera” tasa imputable sería de la de 0,57, en consecuencia, por debajo de la de 0,60 establecida por el precepto penal, si bien habrá que tener en cuenta la mayor o menor proximidad temporal al efectivo momento de la fecha de verificación, que ha de producirse, de acuerdo con el artículo 13 de la referida Orden, en el plazo de 1 año desde la anterior y el hecho de que, después de la reparación o modificación del etilómetro (ex artículo 6 de la Orden) los errores deberán ajustarse a cero.

Téngase en cuenta —como se verá más ampliamente al final del comentario al artículo 381 CP.— que, de acuerdo con el artículo 795,2.f), respecto de los delitos contra la seguridad vial —que, por no haber sido modificado sigue aludiendo a los delitos contra la seguridad del tráfico—, puede incoarse **Diligencias Urgentes** para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, lo que, a efectos prácticos, quiere decir que cabe la posibilidad de dictarse sentencia de conformidad, previa la conformidad del acusado ante el Juzgado de Guardia que implica la reducción en un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal —o la acusación particular, caso de existir personación—, de acuerdo con el artículo 801 LECri., y el planteamiento de la suspensión o sustitución, como ahora se verá, de la pena, en su caso, de prisión impuesta.

En cuanto a la **pena**, se impondrá, si es solicitada por el Ministerio Fiscal, la de **prisión** de 3 a 6 meses, cuando el imputado sea reincidente en los términos contenidos en el artículo 22,7ª —existe cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza— y se trate de casos de especial gravedad, como conducir a una velocidad o con una

tasa de alcohol o sustancias significativamente excesivas, por supuesto por encima de las mínimas legalmente establecidas; en otro caso, como suele ser la normalidad de las veces, la pena que se impone es la alternativa conjunta de multa —de 6 a 12 meses— y trabajos en beneficio de la comunidad —de 31 a 90 días— y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir (vehículos a motor y ciclomotores) por tiempo superior a 1 año y hasta 4 años. La pena de prisión puede —el planteamiento de tal posibilidad resulta obligatorio en la guardia una vez prestada la conformidad por el acusado— ser suspendida, en los términos del artículo 80 CP., o sustituida, de acuerdo con el artículo 88 CP., siempre que no exceda de 1 año, por la de multa o por la de trabajos, es decir, por una de las dos, lo que, de producirse, implicaría **una burla o un fraude** al sistema de penas establecido, pues se conseguiría con la sustitución —que se acordara en la fase de ejecución de sentencia en el correspondiente Juzgado de lo Penal— la imposición, tan sólo de la pena de multa o de la de trabajos —en sustitución de la prisión, inicialmente, impuesta—, cuando la conformidad o la pena impuesta tras el juicio en dicho Juzgado hubiera conllevado la imposición conjunta de ambas penas, si bien, ha de entenderse, que ello no deja de ser un supuesto hipotético dado que se produciría la consecuente e inmediata oposición del Ministerio Fiscal, no obstante el arbitrio judicial en la aplicación de dicha sustitución y salvo, quizás, el supuesto establecido en el párrafo 2º del apartado 1º de dicho artículo 88 en que, cuando la prisión sea hasta 2 años, la pena sustitutiva puede ser la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Resulta evidente, en consecuencia, que la pena **alternativa** a la prisión es la conjunta, como bloque, de **multa** y trabajos en beneficio de la comunidad, con carácter imperativo, habiendo decaído la facultatividad impositiva existente con anterioridad a la reforma por mor de la frase “... y, en su caso”, insertada entre la previsión alternativa de la pena de prisión o multa y la pena de trabajos.

De la **pena de trabajos** en beneficio de la comunidad se dice —ya se decía, aunque tuviera esa carácter potestativo, también antes— que implica, por un lado, una coerción del acusado que se ve arrastrado a su admisión si desea obtener la referida rebaja, legalmente prevista, del tercio de la pena y poder dictarse así sentencia de conformidad y, por otro, podría ser contraria a la Constitución Española al prohibir la misma en su artículo 25,2º que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad puedan consistir en trabajos forzados, si bien tal argumentación puede ser objeto de cuatro **razonamientos**, el **primero**, que constituye una alternativa a la pena de prisión, cuyo cumplimiento, en su caso, se obvia, siendo factible que se le solicite su consentimiento no sólo a la petición fiscal y su conformidad con los hechos imputados, sino, igualmente, de forma expresa, a la pena concreta de trabajos de que se trata haciéndolo constar así en su declaración judicial ante el Juzgado de Guardia o en el Acta del Juicio de Conformidad —estándose, en consecuencia, a lo previsto en la **Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado—**, el **segundo** razonamiento, que la previsión constitucional está pensada para que no vuelvan a darse situaciones atentatorias a la dignidad de la persona como la conmutación de penas por trabajos en carretera, obras públicas o en la construcción del Valle de los Caídos —que, luego, tuvo su traducción legal mediante la introducción de la institución de la redención de penas por el trabajo por el “famoso” artículo 100 CP., de 1973, con la intención de “relajar” tensiones en las cárceles pero que siguió conservándose en la primera Ley de la Democracia posterior a la Constitución, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, hasta la eliminación de dicha institución por obra del actual Código



Penal, autodenominado de la Democracia, aprobado por la LO. 10/1995, de 23 de noviembre que la suprimió, salvo para los condenados con anterioridad a su entrada en vigor—, sin que tal interpretación pueda predicarse de la pena de que se trata en el ámbito en que se prevé dado que supone, por un lado, la reeducación del penado dedicándose a tareas relacionadas con el delito al que ha sido castigado y, por otro lado, constituye una ayuda a la sociedad en la eliminación de determinadas barreras que llevan al común de los ciudadanos a pensar con un cierto desdén o hedonismo cuando de ponerse al volante de un vehículo se trata; piénsese, por ejemplo, en lo útil que resultaría, que cada uno de los condenados por delitos de esta naturaleza prestaran servicios o atenciones en el Centro de Tetrapléjicos de Toledo, aunque fuera por un breve espacio de tiempo, claro que esta es otra historia, porque no se trata sólo de crear la pena sino, también o más, de poner los medios necesarios para su efectiva ejecución —como refiere la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado— y es sabido que la planificación de su ejecución corresponde a los Servicios Sociales Penitenciarios a través de Convenios con los Ayuntamientos del lugar y la correspondiente Comunidad Autónoma, siendo escasos los Consistorios que han suscrito dichos programas de colaboración —en toda Andalucía sólo existen 1.410 plazas y tan sólo cuatro capitales de provincia, Almería, Cádiz, Granada y Jaén, son las que han suscrito el convenio marco que en mayo de 1997 firmó la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) con el Ministerio del Interior, no encontrándose, en consecuencia, entre ellas Málaga capital y que de los 770 municipios andaluces, sólo 138 los tienen suscritos—, siendo dichos Servicios los que se encargan, una vez hechas las verificaciones necesarias, de comunicar al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución —ausencias del trabajo, bajo rendimiento, incumplimiento de las instrucciones y conducta que origine la negativa del responsable del trabajo a mantener al condenado en el centro de que se trate, etc.— que suelen ser numerosas y que complican, más todavía, la efectividad de la pena, por lo que, sería necesario que los distintos actores administrativo-políticos implicados en el tema pusieran de consuno las bases para que la ejecución de la norma penal propuesta con paternidad compartida sea lo suficientemente efectiva para que la Ley se entienda cumplida en su total globalidad —siendo así que un estudio de Automovilistas Europeos Asociados afirma que podrían ser 50.000 los ciudadanos españoles que podrían ser condenados anualmente a pena de prisión por incumplimiento de las normas de tráfico, reflejando un estudio del Defensor del Pueblo de Cataluña que el coste de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es de una media de 7 euros, reportando un beneficio a la sociedad de 18 euros por hora, mientras que el coste para el Estado del mantenimiento de una persona en prisión es de 68 euros diarios. Resulta, también, posible la **complicación** de que, en **ejecución** de sentencia, y en el momento de tener que cumplir la pena —de trabajos— el condenado manifieste que no puede realizar el trabajo, actividad o servicio concreto que se le ha determinado o que se encuentra incapacitado para el mismo por resolución administrativa —de la Seguridad Social— sea antes o después de la condena, lo que implicaría la imposibilidad de que, efectivamente, los realizare, ni la de que se le obligare a llevarlos a cabo, ni la de que se le pudiera sustituir por otra pena distinta, teniendo en cuenta que el apartado 3º del artículo 88 CP., prohíbe la sustitución de las penas sustitutivas de otras y sin que nada diga el artículo 49 CP., salvo la deducción de testimonio para proceder por un delito de desobediencia del artículo 468 CP., de dudosa aplicación en los supuestos que se están refiriendo, salvo que, en aplicación del apartado 2º del artículo 88 CP., se proceda a ejecutar la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando, en su

caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas de acuerdo con la regla de conversión establecida (2 cuotas de multa o 1 jornada de trabajo por cada día de prisión).

El **tercer** razonamiento se dirige al entendimiento de que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ni es una **pena** privativa de libertad ni una medida de seguridad, respecto de las que prohíbe la Constitución los trabajos forzados, sino una pena principal en el mismo nivel que la pena de prisión o que la multa, pero alternativa a la primera y, finalmente, el **cuarto** argumento, se dirige a consignar que, si bien dicho precepto (artículo 25.2 CE.) explica que dichas penas estarán orientadas hacia la **reeducación** y reinserción social, ha de entenderse que ello, en primer lugar, está condicionado por la proximidad del anterior régimen franquista y, en segundo lugar, que la pena debe cumplir con su función retributiva y de prevención especial y que, además —sin quererse decir que se excluya esto anterior— se deberán aplicar tendiendo a que, uno, reeduce al penado que ha cumplido y, dos, le intenten reinserter en la sociedad a la que se le devuelve después de haber sido sacado de la misma; interpretar otra cosa sería descargar a la pena de su función originaria y reconocer, por tanto, la derrota por no haber conseguido el mandato constitucional. No puede olvidarse la teoría del moderno constitucionalismo de la legitimidad de la Ley dictada o aprobada por un Parlamento democrático de acuerdo con el sistema legislativo contemplado en la Norma Suprema, la Constitución (Española), refrendada por el Pueblo Español, como contraposición a la norma “impuesta” bajo la cobertura de un régimen dictatorial, que carecería de dicha legitimidad y posibilitaría la oposición a su aplicación.

La última pena a imponer es la de **privación del derecho a conducir** vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años, que constituye una pena que se impone obligatoriamente junto con la principal (prisión o multa y trabajos), a la vista de los términos imperativos empleados por el precepto “y en cualquier caso”, que, después de la reforma por la LO. 15/2003, abarca tanto a vehículos a motor como a ciclomotores, con independencia del vehículo utilizado en la comisión del ilícito que, debe implicar cuando la privación fuera por tiempo superior a 2 años, de acuerdo con el **artículo 47 CP.**, ahora también modificado por la LO. 15/2007, la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilitaba al condenado para la conducción; lo que debe tener **tres consecuencias** prácticas, la primera, que el objetivo consiste en que quien así sea condenado no recupere sin más, por el transcurso del tiempo, el derecho a conducir del que había sido privado, sino que tenga que volver a efectuar las pruebas teórico—prácticas que habilitan administrativamente para conducir —así, la **Orden INT/2596/2005, de 28 de julio**, regula los  **cursos de sensibilización y reeducación vial** para los titulares de un permiso o licencia de conducción, desarrollando, en este punto, el **Anexo III** incorporado a la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 2 de marzo de 1990 por la **Ley 17/2005, de 19 de julio**, por la que se regula el **permiso** y la licencia de conducción **por puntos**—, una vez perdidos algunos de los 8 ó 12 puntos inicialmente asignados, según la nueva redacción de la Ley de 1990 por la de 2005, recogiendo los dos tipos de cursos que se crean, de recuperación parcial de puntos y de recuperación del permiso o la licencia, con una duración, respectivamente, de 12 y 24 horas, cuyo coste correrá a cargo del interesado y que tratarán materias diversas, como por ejemplo, los accidentes de tráfico —es obvio—, la conducción —aunque esto deberá haber sido enseñado de forma absolutamente adecuada en las Autoescuelas; la Ley de 2005 las denomina, ahora, centros de formación de conductores—, la velocidad, el alcohol, las drogas de abuso, la somnolencia, la seguridad activa y pasiva o la conducción preventiva; la segunda, que la pérdida de

vigencia, del permiso o licencia —si se considera que no es una pena sino una consecuencia administrativa de la pena impuesta (dado que la pena priva del "derecho a conducir" y como consecuencia de la pena impuesta pierde vigor el reflejo documental de dicho derecho, el permiso o licencia para conducir), debe operar ope legis aún cuando no se contemple en el fallo de la sentencia, para lo que, a efectos prácticos, en fase de ejecución de la pena, será necesario, en todo caso, que se produzca la debida comunicación a la autoridad administrativa de la imposición de la pena para su debida constancia registral; y, la tercera, que durante el tiempo de privación el condenado podría incurrir en el delito de quebrantamiento contemplado en el párrafo 2º del artículo 384 CP.

Existe, asimismo, un **problema práctico** consistente en dilucidar si la referida pérdida de vigencia por rebasar el umbral de los dos años debe resultar de la **pena** nominalmente impuesta **para cada delito** o si puede resultar de la suma de las impuestas en una misma sentencia cuando (por dicha suma) se rebasare, como por ejemplo ocurriría en una condena por delito de tasa típica —artículo 379,2º— y por delito de velocidad típica —artículo 379,1º—. Habría que entender que la consecuencia prevista (de pérdida de vigencia) por condena de privación del permiso o licencia por tiempo superior a dos años, debe circunscribirse a cada una de las penas impuestas por cada delito objeto de condena —seguramente, con la salvedad de la pena única que resultare del concurso especial de delitos previstos en el artículo 382—, y ello por **dos razones**. La primera, que el mismo artículo 47 CP., se refiere a la pena impuesta, sin referirse al plural penas o a la suma de las penas impuestas y, la segunda, que cuando así lo ha querido el legislador el precepto de que se trate lo ha dicho expresamente, así la regla 2ª del artículo 81 CP. —según modificación por L.O. 15/2003—, al establecer las condiciones necesarias para acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se refiere a la pena o pena impuestas o la suma de las impuestas, mientras que el artículo 36,2 CP., al concretar la parte de cumplimiento necesaria para acceder al tercer grado penitenciario, se refiere a la duración de la pena de prisión impuesta, en los mismos términos, pues, que el artículo 47 de que se trata.

Si bien debe entenderse que no son posibles las **formas imperfectas de ejecución** dado que se trata de un delito de mera actividad, lo cierto es que, teóricamente, cabría el planteamiento de si podría darse la **tentativa** en el nuevo delito de conducción superando las tasas de **alcohol —artículo 379.2 CP.**—, aún cuando se trataría de un supuesto poco frecuente aunque no imposible, dado que, si bien la ingesta de alcohol en cantidad suficiente es presupuesto ineludible que no admite término medio, no sucede lo mismo con la acción de conducir pues —como ha dicho la **sentencia de la AP Pontevedra de 27 de julio de 2005**— ésta comporta toda una serie de **actos intermedios previos** al inicio del movimiento del vehículo como son la puesta en marcha del motor, la liberación del freno de mano o la selección de la marcha correspondiente, cupiendo, en consecuencia, que el autor sea detenido antes de completarlos e iniciar la circulación. Sin embargo, resulta evidente que, de acuerdo con la definición de tentativa que se contiene en el **artículo 16 CP.** —cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor—, se trataría de actos preparatorios imputados dado que el tipo condena la conducción, no siéndolo la no puesta, todavía, en movimiento del vehículo.

La cuestión de si resulta posible la aplicación de alguna **circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal**, resulta de difícil consideración, dado que no se trata de alegar y/o acoger una determinada situación que pueda implicar una "justificación" del comportamiento llevado a cabo por el sujeto constitutivo de uno de los delitos contra la seguridad vial, sino de dicha situación constituya causa de justificación y encuentre encuadre en una de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal contenidas, respectivamente, en los artículos 20 y 21 del Código Penal, salvo algún supuesto concreto.

Es así, en **primer lugar**, que resultaría factible la situación supra descrita por el acogimiento de la circunstancia del posible **error del etilómetro** en supuestos de delitos del artículo 379,2º CP., si bien ello habría de ser considerado como un supuesto de no posible subsunción de los hechos en la norma penal, esto es, de no infracción penal y no propiamente aplicación de una circunstancia eximente. Al mismo carácter podría decirse que pertenece, de ser probado —no valiendo con la simple alegación y certificación de que se sigue un tratamiento médico con consumo de algún medicamento— el hecho de haber consumido, por ejemplo, "orfidal", fármaco tranquilizante-ansiolítico protector frente al "stress" psíquico aconsejado, entre otros casos, para el trastorno del sueño que, conteniendo el principio activo denominado "lorazepam", podría producir, según su prospecto, una alteración de la capacidad para conducir vehículos y manejar máquinas.

En **segundo** lugar, la alegación, por ejemplo, de la necesidad que tuvo el sujeto activo de poner al volante del vehículo para llevar a un familiar, vecino, etc., hasta un hospital porque se indispuso de improviso e, incluso, él mismo ante un fuerte dolor de estómago que le imposibilitaba para, ni siquiera, llamar a un taxi, en un supuesto de delito del artículo 384 CP. —por conducción sin haber obtenido nunca el permiso de conducir—, disponiendo del vehículo en la puerta de su domicilio en Málaga, cuando el titular del mismo era el hermano que vivía fuera de esta ciudad y no habiendo tenido nunca permiso de conducir, no debería tener encaje en la circunstancia eximente de **estado de necesidad** contenida en el artículo 22,5º CP.

En **tercer** lugar, la aplicación de la eximente 2ª —**intoxicación plena**— del artículo 20 CP., la atenuante analógica 1ª del artículo 21 ó, incluso, la 2ª del mismo, resultaría de difícil comprensión en un supuesto del delito por conducción bajo la influencia de alcohol o drogas o del delito concurriendo la tasa típica por la ingesta alcohólica del artículo 379,2º CP., dado que, además, de compadecerse mal —precisamente, lo que se castiga es la conducción habiendo bebido influenciado o en mayor tasa de la permitida legalmente—, lo cierto es que —como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia inveteradamente, así la sentencia del TS., de 25 de enero de 2002, la sentencia de la sección 7ª, AP., de Madrid de 23 de octubre de 2006 ó la sentencia de la sección 23ª de la misma AP., de 16 de julio de 2007— la ingesta alcohólica o el consumo de drogas es un **elemento constitutivo del tipo** y el **artículo 67 CP.**, establece, claramente, al disponer que las reglas del artículo anterior —sobre determinación de la pena de acuerdo con la concurrencia de circunstancias— no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse. Sin perjuicio de poder tener aplicación en los delitos de los artículos 383 y 384 CP., negativa y privación, respectivamente, siempre que se evidencie la influencia y que no haya sido ingerida de propósito.

Siendo así que una **sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander** condenó a un conductor por tres delitos —uno de conducción alcohólica, otro por negativa a la realización

de la prueba de alcoholemia y un tercero por quebrantamiento de condena, dado que había sido condenado anteriormente a la privación del permiso de conducir y que fue detenido por la Policía Local de Torrelavega por conducir en estado de embriaguez, haberse estrellado contra un coche en un cruce tras haberse saltado un ceda el paso y haberse dado a la fuga; aplicándosele la atenuante de embriaguez sólo respecto del delito de negativa a la prueba, pero, una vez recurrida la sentencia, la **Audiencia Provincial de Cantabria**, por congruencia en el pronunciamiento, también la aplicó para el delito de quebrantamiento.

Y, finalmente, en relación a la cuestión relativa a los **concurso**s con otros **delitos**, ha de decirse que cabe la comisión simultánea del delito de conducción a velocidad excesiva del **artículo 379, 1º CP.**, y el de negativa a someterse a las pruebas legales —artículo 383—, pues se protegen distintos bienes jurídicos, en el segundo el mantenimiento del principio de autoridad y en el primero la seguridad del tráfico, tratándose de un concurso **real** de delitos, excluidos de la específica norma del artículo 382 (antes 383) CP., imponiéndose las penas correspondientes a ambas infracciones —ex artículo 73 CP.—, a la vista del Acuerdo de los Magistrados de las Secciones Penales de la AP., de Madrid de 25 de mayo de 2007. Mientras que al concurso entre el supuesto previsto en el **artículo 379, 2º CP.** —conducción influenciada— y el de conducción temeraria (del artículo 380), si quien, habiendo tomado alcohol o drogas, realiza maniobras que pongan en riesgo grave la seguridad de otros conductores o de los peatones, le serán aplicadas las reglas del concurso **ideal** de delitos, con aplicación de la pena prevista para la infracción más grave —es decir, la prevista para el delito de conducción temeraria— en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, ya que en caso contrario se sancionarán las infracciones por separado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 CP. Y si el concurso se produce con la negativa a someterse a las citadas pruebas de detección, se estaría ante un concurso real de delitos, imponiéndose las penas correspondientes a ambas infracciones, de acuerdo con los supra citados artículo 73 CP., y Acuerdo de Magistrados de Madrid de 2007.

### III. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA

El **artículo 380** castiga, en su **apartado 1º**, con las penas de prisión de 6 meses a 2 años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 6 años, al que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con **temeridad manifiesta** y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, mientras que su **apartado 2º** establece que, a los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

El precepto ha sido aprobado con el mismo contenido que aparecía en la **Proposición** de Ley.

La configuración típica de esta figura, consistente en una conducción temeraria, se ha mantenido inalterada respecto del Código Penal de 1973, si bien la nueva regulación modifica la descripción legal de la temeridad manifiesta, trasladando la regulación de este delito desde el **anterior artículo 381** al actual artículo 380. Se trata, en definitiva, de un **delito de peligro concreto** puesto que se exige la puesta en peligro de "la vida o la integridad de las personas", pero sin necesidad de producir un resultado lesivo de homicidio o lesiones imprudentes; y,

aunque se ha suprimido el término "física" que acompañaba en la regulación anterior a la integridad, lo cierto es que no parece que ello deba tener relevancia práctica, salvo que se pretenda que la puesta en peligro lo sea también para la **integridad psíquica** de las personas.

Siguen valiendo las interpretaciones relativas a la conducción temeraria —como omisión de la más elemental diligencia en el manejo del vehículo o quien conduce con notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico— y manifiesta —equivalente a patente, notoria, evidente para el punto de vista del ciudadano medio y a la puesta en peligro —real, de cierta entidad— y dirigida a terceras personas.

La nueva regulación determina qué ha de entenderse, a los efectos del precepto de que se trata, por **conducción manifiestamente temeraria**, siendo aquélla en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero del artículo anterior 379 —esto es, circular a una velocidad superior a la permitida, "velocidad típica"— y en el inciso segundo del apartado segundo del mismo precepto, esto es, hacerlo (circular) con una tasa de alcohol superior a la establecida ("tasa típica"). Lo que quiere decir: **primero**, bien que ya no será necesario, para incurrir en el delito, la concurrencia, al tiempo, del exceso de velocidad y la presencia de una alta tasa de alcohol, sino que la presencia de una u otra circunstancia ya determina por sí la consideración de la conducción como temeraria —siempre, claro está que se haya puesto en peligro concreto la vida o la integridad de las personas—, o bien, por la técnica utilizada —utilización de la conjunción copulativa "y", en vez de la "o"—, deban seguirse exigiendo la concurrencia de las dos, en base al principio de interpretación restrictiva de las normas penales; **segundo**, que se han vuelto a objetivizar las "tasas", al remitirse a los parámetros de velocidad y nivel de alcohol establecidos en el artículo 379 CP., acabando con la polémica existente en orden al anterior precepto de si el índice de alcohol en aire espirado debía ser superior a 1 mg/l. (2 gr/l en sangre) —criterio doctrinal— o si la velocidad debía sobrepasar en más del 50% la velocidad permitida por referencia a la infracción muy grave de la Ley de Tráfico; si bien, en **tercer lugar**, sólo se hace referencia a la superación de la tasa de alcohol, pero no a la ingesta de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Debe tenerse en cuenta que el **dolo** —que puede ser directo o eventual— debe abarcar la conducta de temeridad, es decir, que el sujeto debe ser consciente de su forma siniestra de conducir y que está poniendo en riesgo a los demás usuarios de la vía creando un concreto peligro para la vida o la integridad de los mismos; incurriéndose en el delito, también, en los supuestos de **huida** o elusión de la acción policial en los que concurran estas circunstancias, con la única excepción de los casos de mera y pura huida como manifestación del principio de autoencubrimiento impune e inexigibilidad de otra conducta.

En cuanto a la **pena**, nada que destacar dado que, tanto la de prisión (de 6 meses a 2 años) como la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (por tiempo superior a 1 año y hasta 6 años), es la misma que establecía el CP., con anterioridad a la reforma, siendo que, de acuerdo con el artículo 47 CP., que la comprende, su imposición inhabilita al penado para el ejercicio de ambos derechos, tanto a la conducción de vehículos a motor como a la de ciclomotores.

Si como consecuencia de la conducción temeraria se produce un **resultado lesivo**, se aplicará la pena más elevada de las dos infracciones en su mitad superior —ex **concurso** especial contenido en el artículo 382 CP.—, consumiendo, ordinariamente, el delito de lesión al de peligro. Si el concurso se produce con el delito de conducción influenciada por el consumo (del artículo 379, 2º CP.), se estaría, como se ha dicho en el ámbito de exposición de dicho

precepto, ante un concurso ideal, con aplicación del artículo 77 y si ocurre con el delito del artículo 383 CP. (no sometimiento a las pruebas) se estaría ante un concurso real con aplicación del artículo 73 CP. Y, finalmente, si el concurso se produce con el delito de **atentado**, el concurso sería ideal si la conducción temeraria se empleó como medio para cometer el atentado y real si no existió tal relación.

¿Sería llegado el **momento de modificar** la percepción de los hechos o su calificación, de tal forma que supuestos considerados como constitutivos de falta del artículo 621 CP., pasaran a serlo de delitos contra la seguridad vial del artículo 380 CP.? ¿Se podrían calificar de tales estos **supuestos**?

Primero, quien circula con un ciclomotor por la calzada y se sube en un determinado momento a la acera por la que caminan en ese momento unos peatones que son arrollados.

Segundo, aquél que, conduciendo un coche por una avenida con un carril de bajada, atraviesa las dos líneas continuas así como los dos carriles de subida, siendo colisionado y tirado al suelo el conductor del ciclomotor que circula subiendo por ese único carril de forma correcta.

Tercero, El mismo supuesto sólo que, sin haberse producido accidente previo alguno, el conductor estaciona el vehículo con el morro hacia abajo en dirección prohibida y encima de uno de los dos carriles de subida, siendo detectado cuando ya se encuentra el vehículo estacionado en aquéllas circunstancias; ¿sería un delito del artículo 385?

Cuarto, quien se incorpora a la calzada desde parking interior, gira a la izquierda en dirección prohibida, atraviesa su carril de circulación sólo para la derecha, cruza las dos líneas continuas de separación de carriles y continúa la circulación por el carril contrario provocando que el conductor que viene circulando correctamente por su único carril de la derecha tenga que efectuar maniobra evasiva, para evitar la colisión, chocando contra los vehículos que se encuentran correctamente estacionados.

Quinto, conductor que, ante un paso de peatones sin semáforo, no detiene el vehículo y atropella a dos peatones que cruzan por el mismo correctamente; se estaría ante el mismo supuesto, o más agravado, si existe semáforo en fase roja para los vehículos o en ámbar y, en ambos casos, verde para los peatones.

Sexto, conductor de "quad" que conduce, varias veces al día durante todos los días de la semana, por el Paseo Marítimo Pablo Picasso sobre la línea de separación de los dos carriles, circulando entre los coches a escasos centímetros de ellos, provocando situaciones de peligro, incluso para el conductor y su acompañante, quien, lejos de reprender a quien lo lleva, dedica términos de todo tipo a los otros conductores que se atreven a reprenderles su actitud (se pone de manifiesto el dolo directo).

Séptimo, el conductor que, a 25 metros del semáforo, que ya se ha puesto en fase roja para los vehículos, lejos de detener el coche acelera, lo rebasa y colisiona a una motocicleta que, sale en fase verde para su conductor por la izquierda de aquél.

Por su parte el **artículo 381** castiga, en su **apartado 1º**, con las penas de prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un periodo de 6 a 10 años el que, con **manifiesto desprecio por la vida** de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior; previendo, su **apartado 2º**, que, cuando **no** se hubiere puesto en **concreto peligro** la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de 1 a 2 años, multa de 6 a 12 meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo

anterior y estableciendo, su **apartado 3º**, que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.

La redacción definitiva del precepto es idéntica a la de la **Proposición**, con la única diferencia de que el término "consciente" unido al desprecio en la conducción, que se contenía en la redacción anterior —del artículo 384— a la reforma, ahora se sustituye por el término "manifiesto".

El tipo de que se trata fue **introducido** por primera en el Código Penal de 1973 por la LO. 3/1989 —mediante el nuevo artículo 340 bis d), integrado en la sección 1ª (delitos contra la seguridad del tráfico) del Capítulo II (de los Delitos de Riesgo en General) del Título V (De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general) del Libro II del CP.—, para dar respuesta a los llamados "**conductores suicidas**" u **homicidas**, esto es, los que se desplazan en sentido contrario al de la circulación, modificada, posteriormente, por la LO. 17/94.

La reforma de que se trata operada por la LO. 15/2007, traslada la regulación del **anterior artículo 384**, con los dos párrafos que lo conformaban, al actual artículo 381, e incluye en un tercer apartado el hasta ahora **artículo 385** que permitía el comiso del vehículo considerándolo como instrumento del delito.

Todas las **consideraciones formuladas** en relación al precepto que se sustituye son **aplicables** al nuevo, tanto en lo relativo a la diferenciación entre un tipo básico y un subtipo atenuado, dependiendo de la concurrencia o no de concreto peligro para la vida o la integridad de las personas, la interpretación jurisprudencial en orden a entender, como se dijo anteriormente, que el tipo era aplicable a los conductores suicidas considerados como aquéllos que conducen en sentido contrario o la posibilidad de calificar los hechos como homicidio, en el caso de producción de la muerte de otro conductor, la suficiencia de la presencia del dolo eventual —dado el comportamiento circulatorio del sujeto activo del delito que acepta, como probables o posibles, las consecuencias fatales de su actuación— o la admisión, como ya se ha dicho, limitada del principio de autoencubrimiento impune, como expresión del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, en los casos frecuentes de huida o escape de la persecución policial después de haber cometido un delito, pero sólo en casos de mera huida, con exclusión de aquellas conductas en las que, con la fuga, se pone en peligro o lesiona otros bienes jurídicos protegidos.

La reforma conforma, **primero**, la sustitución del término "consciente", que acompaña al **desprecio** al conducir —como conducta de extrema gravedad y flagrancia—, por el de "**manifiesto**", que equivale a patente, notorio, evidente para el punto de vista del ciudadano medio, pretendiéndose introducir un parámetro objetivo de forma que el desprecio por la vida de los demás no tenga que medirse acudiendo a indeterminadas instancias subjetivas del autor —representación subjetiva del conductor (consciente)—, sino a un juicio (objetivo) de experiencia general (espectador objetivo externo). **Segundo**, se reubica la previsión existente en el anterior artículo 385 de **decomisar el vehículo** a motor o el ciclomotor, de acuerdo con el artículo 127 CP., en un apartado tercero del actual artículo 381, de tal manera que la posible anterior interpretación de su aplicación a todos los supuestos del capítulo —no factible a la vista de la redacción de los hechos previstos en el artículo anterior— deja de tener sentido hipotético, pues se habla, ahora claramente, de los hechos previstos en el presente precepto, siendo su inserción en este artículo 381 calificable de innegable mejora técnica, con la sola

observación de que se desconoce la razón por la que se ha eliminado el artículo “el” que decía al nombre ciclomotor en la redacción del anterior artículo 385 y que ahora desaparece con la del apartado 3º del actual artículo 381. Y **tercero**, se produce un aumento considerable de la pena imponible —en el supuesto de concurrencia de concreto peligro—, dado que la pena de prisión se eleva —desde la de 1 a 4 años— a la de 2 a 5 años, la de multa —desde la de 6 a 12 meses— hasta la de 12 a 24 meses, duplicándose, en consecuencia, si bien manteniéndose la prevista para la privación del derecho a conducir, de 6 a 10 años, siendo la previsión de pena, para el supuesto de no puesta en peligro, de igual entidad que la anterior a la reforma.

En relación a la cuestión de la aplicación de **circunstancias modificativas**, podría plantearse el posible acogimiento de la eximente, completa o incompleta, de **intoxicación plena** —de los artículos 20,2 ó 21,1, respectivamente, CP.—, si los hechos se realizaren bajo los efectos de las drogas o el alcohol, en el único supuesto de que la ingesta se produjera con anterioridad a la toma de la decisión de conducir con el desprecio manifiesto que exige el tipo penal o la aplicación de la agravante **precio, recompensa o promesa** —del artículo 22,2 CP.—, cuando el móvil de la realización de la conducta tenga que ver con la previa concertación de una apuesta, teniendo en cuenta que **no** resulta posible aplicar ninguno supuesto de **premeditación**, por ejemplo cuando los hechos se encuadran en los, tristemente, famosos “juegos de rol”.

En relación con el posible concurso, ha de tenerse en cuenta que si se produce un resultado de muerte, lesiones o daños habrá de acudirse a las normas del **concurso** de delitos —generalmente ideal—, ya que, por un lado, se da el desvalor del atentado contra la seguridad del tráfico rodado y, por otro, el desvalor del atentado contra otros bienes jurídicos más específicos como el patrimonio o la vida o la integridad (física) de las personas, con exclusión de la cláusula concursal especial del artículo 383 CP., lo que, por razones de interpretación sistemática, conduce a la apreciación del concurso de delitos. Si se ha causado la muerte de otros conductores y, a la vez, se ha puesto en peligro la vida de otras personas, surgirá un concurso, generalmente, **ideal**, de delitos entre un homicidio con dolo eventual y otro de conducción homicida (temeraria), habiéndose pronunciado el TS sobre este particular diciendo que el delito de conducción homicida es un delito de peligro concreto especialmente cualificado y que, no obstante la dicción literal del precepto —consciente (antes, ahora manifiesto) desprecio para la vida de los demás— entraña una unidad delictiva en el sentido de que existirá un solo delito con independencia del número de vidas puestas en peligro. Resulta evidente, desde el punto de vista del tipo subjetivo que la referencia es el dolo, de forma que si el conductor obrase con dolo directo de matar a alguien poniendo en peligro, también, la vida de otras personas se trataría de un supuesto de concurso **real** y si, el dolo es eventual, habrá concurso si acaece el resultado lesivo, siendo la posición mayoritaria la aplicación del concurso ideal (en concreta del real), si bien, en cualquier caso, el principio acusatorio impediría la apreciación del concurso real en todos aquellos casos en que, además, del resultado contra la vida se haya producido el peligro para la vida de otras personas.

En todo caso, la relación con los demás delitos contra la seguridad vial es de **consunción**, por lo que la subsunción del hecho en este tipo impedirá la concurrencia de los otros delitos.

#### IV. RESTANTES TIPOS PENALES

El **artículo 382** recoge que, cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un **resultado lesivo** constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Su redacción definitiva dista de la contenida en la **Proposición** de Ley, dado que, por un lado, mientras que la Ley aprobada habla de los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381, la proposición se refería a los actos sancionados en los artículos anteriores y, por otro lado, la Ley exige que el resultado lesivo sea constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, mientras que la Proposición hablaba de resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, en idéntica forma que se encontraba redactado el anterior artículo 383 del CP., de 1995.

La **enmienda** nº 12 del Grupo Popular del Congreso proponía la inclusión de un párrafo 2º del mismo tenor literal que el existente en el artículo 383 antes de la reforma —prudente arbitrio judicial en la aplicación de las penas de los artículos que citaba, 379, 381 y 382, sin sujeción a las reglas del artículo 66 CP.—, justificándolo en la consecución de una mayor seguridad jurídica.

El precepto de que se trata, ha tenido la **misma redacción** desde el Código Penal de 1973, con la única salvedad que el CP., de 1995 añadió el último inciso del que, hasta la reforma que ahora se trata —LO. 15/2007—, era su párrafo primero —el segundo era la famosa cláusula del artículo 66 CP.—, de que se condenará, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

Tanto el **anterior artículo 383** como el actual artículo 382, que lo sustituye, recogen la **regla concursal**, concurso de leyes, consistente en que, llevado a cabo uno de los actos sancionados en los artículos —ahora veremos la modificación— que relaciona, se produce, al tiempo, un resultado lesivo —ahora veremos que debe ser delictivo— se sancionará tan sólo el hecho más gravemente penado, aplicando directamente la cláusula de mayor rango punitivo que el artículo 8.4 CP., establece para resolver el concurso de normas o de leyes que se proyecta sobre el hecho enjuiciado, pero en defecto de los criterios que en sus tres números anteriores recoge y para los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código.

Lo que quiere decir que esta cláusula concursal especial establecida (ahora se verá) para algunos de los delitos contra la seguridad vial, se ha **equiparado al concurso ideal del artículo 77 CP.** —que prevé que cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones, no se aplicarán las reglas establecidas en los dos artículos anteriores, artículos 75 y 76, sino que se impondrá la pena prevista para la infracción más gravedad, pero en su mitad superior—, pero superándolo mediante la **exasperación** que supone la aplicación, en todo caso, de la pena en su mitad superior, sin atenerse al límite recogido en ese citado artículo 77 CP., dado que excluye la regla de la “punición más beneficiosa” —sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones— que informa este precepto, al no permitir la punición alternativa de los delitos por separado y teniendo en cuenta que el resultado lesivo que se produzca debe ser constitutivo de delito.



Constituye esta la primera de las **modificaciones**, que introduce el nuevo precepto del artículo 382 CP, esto es el hecho de que el resultado lesivo que se ocasionare —además del riesgo prevenido— sea constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, mientras que el anterior artículo 383 sólo exigía la producción del mismo —resultado lesivo— cualquiera que fuera su gravedad, lo que tiene consecuencias prácticas, dado que, por un lado, no se aplicará el concurso especial establecido cuando los hechos constituyan falta sino el concurso real del artículo 73 CP., —que establece la imposición de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas— y, por otro lado, deberá ser el juzgador quien delimite, interpretando lo sucedido, dada la normal comisión de los delitos contra la seguridad vial mediante dolo eventual, la “cantidad de imprudencia” contenida en los hechos, a fin de determinar, por ejemplo, en caso de fallecimiento, si se está ante un delito de lesiones u homicidio o ante una falta de imprudencia con resultado de lesiones o muerte, del artículo 621, 1º y 3º ó 2º, teniendo en cuenta que el delito existirá en el caso de que haya sido necesario, en los términos del artículo 147 CP., aplicar, además de una primera asistencia, tratamiento médico o quirúrgico.

Una **segunda** modificación, consiste en la **alteración de los tipos penales** contra la seguridad vial **que se incluyen** en la previsión concursal de que se trata. Mientras que el anterior artículo 383 relacionaba el artículo 379 —conducción influenciada por ingesta alcohólica o sustancias—, el artículo 381 —conducción con temeridad manifiesta y puesta en concreto peligro— y el artículo 382 —producción de un grave riesgo para la circulación mediante la colocación de obstáculos, etc.—, el actual artículo 382 se refiere, primero, al supuesto de la conducción con exceso de velocidad o tasa alcohólica y conducción influenciada (artículo 379), a la conducción con temeridad manifiesta y puesta en concreto peligro de la vida o la integridad de las personas (artículo 380) y a la conducción con manifiesto desprecio y puesta o no en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (artículo 381), lo que quiere decir que, por un lado, se ha eliminado la obstaculización productora de grave riesgo para la circulación y se ha incluido la conducción con manifiesto desprecio, considerándose positiva la reforma operada pues los tipos incluidos guardan, ahora, una mayor homogeneidad entre sí que la que existía con anterioridad en relación al entonces artículo 382.

Finalmente, como **tercera modificación**, es reseñable la consistente en la eliminación del segundo párrafo del anterior artículo 383 —aplicación de las penas por los **jueces** según su **prudente arbitrio** sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66—, si bien, seguramente haya de entenderse que dicha modificación es sólo aparente y que la reforma ha respondido a la introducción de una, más que necesaria, clarificación de lo ordenado legislativamente y lo, efectivamente, aplicado en la práctica judicial.

Parecería —y por ello aboga determinada interpretación, así, por ejemplo, la enmienda citada del Grupo Popular que pretendía su mantenimiento en la redacción del contenido final del precepto— que, eliminada la previsión legal, los jueces deben aplicar, en todo caso, las reglas del artículo 66 cuando, además, de incurrirse en un delito contra la seguridad vial se han producido consecuencias lesivas —constitutivas de delito, cualquiera que sea su gravedad—, pero lo cierto es que la interpretación judicial procedía a la aplicación de esta norma especial sólo en el caso de que el “iter” delictivo se hubiera quedado detenido en la creación del riesgo sin alcanzar estadios de resultado, pues el segundo párrafo del anterior artículo 383 comenzaba diciendo (sic) que en la aplicación de las penas establecidas en los cita-

dos artículos, con referencia, evidentemente, a los artículos que relacionaba 379, 381 y 382, procederán los jueces y tribunales según su prudente arbitrio; por lo que, ha de entenderse, que cuando, ahora, se produzca el resultado lesivo, se deberá aplicar la previsión de la regla concursal especial del actual artículo 382 y que, cuando no exista ese resultado, los jueces podrían proceder según su prudente arbitrio —sujetándose o no a las reglas del artículo 66 CP.— en la aplicación de las penas con el resultado concursal que proceda por la comisión de los hechos contenidos en los artículos 379, 380 y 381, siendo conscientes de las dificultades de apreciación o posibilidad de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La última duda que podría plantearse es la relativa a qué **infracción** es la **más gravemente penada** —para el caso de que una infracción contenga pena de prisión y otra privación del derecho de conducir o multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad o no—, debiendo decidirse, quizá, por la cuantía de la pena de prisión, teniendo en cuenta, sobre todo, que se está ante la concurrencia de un resultado lesivo constitutivo de delito y que, por ejemplo, el artículo 147 CP., contempla para el delito de lesiones una pena de prisión de 6 meses a 3 años que se debe considerar superior o más grave que la pena de prisión de 6 meses a 2 años de la conducción temeraria del nuevo artículo 380 —siéndolo, claro está la de prisión de 2 a 6 años de la conducción con desprecio del artículo 381 CP.— y, por supuesto, también lo es la pena de prisión de 10 a 15 años que para el delito de homicidio que establece el artículo 138 CP., de posible comisión con dolo eventual mediante la conducta del citado artículo 380 ó mediante la conducción con manifiesto desprecio del nuevo artículo 381.

Termina el precepto, siguiendo al CP., de 1995, con la previsión de la obligatoriedad de la **condena**, en todo caso, al **resarcimiento de la responsabilidad civil** que se hubiera originado, siendo congruente su colocación sistemática teniendo en cuenta el tratamiento previsto que contiene el mismo de la posibilidad de que, con alguno de los actos y/o comportamientos establecidos en los artículos 379, 380 y 381, se ocasionara, al mismo tiempo, un resultado lesivo, lo que, de producirse en los tipos de los artículos 383 y 384 CP., sería independiente de los comportamientos que castigan, pero no teniendo sentido la exclusión respecto del artículo 385, dado que por ejemplo la colocación de obstáculos en la vía si podría conllevar —lo que podría suponerse sin mayor dificultad— que los conductores que circularan por el lugar, o sus acompañantes, resultaran lesionados o fallecieran, si bien no se aplicaría el concurso especial contenido en dicho artículo 382, debiéndose estar a las normas del concurso ideal o real de delitos contenidas, respectivamente, en los artículos 77 y 73 CP.

El **artículo 383** castiga, con las penas de prisión de 6 meses a 1 año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años, al conductor que, requerido por un agente de la autoridad, **se negare** a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasa de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefaciente y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores.

Su redacción es idéntica a la contenida en la **Proposición de Ley**, por lo que fueron rechazadas las **enmiendas** del PNV, nº 8 en el Congreso y nº 2 en el Senado, que pretendían la eliminación de la pena de privación del derecho a conducir, justificándolo en el hecho de que el precepto prevé la sanción de una conducta de mera desobediencia a Agente de la Autoridad, lo que no implica que el desobediente conduzca bajo la influencia del alcohol o de sustancias, pudiendo tratarse de un conductor desobediente sobrio; si bien se remedió



el olvido del Anteproyecto, consistente en la limitación de la negativa al sometimiento a las pruebas de comprobación de las tasas de alcoholemia, sin que se dijera nada acerca de esa misma negativa cuando se trataba de pruebas tendentes a determinar la ingesta de otra clase de sustancias.

El precepto —que fue introducido por el CP., de 1995 y fue mantenido intacto con la reforma de la LO. 15/2003— ha sido trasladado por la LO. 15/2007 de que se trata desde el **anterior artículo 380** al actual artículo 383, siendo de **aplicación** toda la **doctrina elaborada**, anteriormente, relativa a la protección que implica del principio de autoridad, a su constitucionalidad en los términos en que fue establecido por el Tribunal Constitucional —por no contradecir los artículos 17,3º, 24,2º y 25 de la Constitución Española, tanto en materia de no consideración de que el sujeto se encuentre detenido, no contradicción del derecho de defensa, de proporcionalidad de la pena o violación de los derechos de presunción de inocencia, intimidad personal e integridad física—, en consideración a la difícil afectación de la intimidad corporal, cuando la prueba consiste en espiración de aire, de leve intervención corporal, cuando la prueba consiste en un análisis de sangre que, o bien es aceptada por el sujeto o practicada mediante la correspondiente y previa intervención judicial con el dictado del correspondiente Auto o de no conculcación del derecho a la intimidad personal, al apreciarse una justificación objetiva, razonable y proporcionada en la necesidad de la realización de la prueba; siguiendo resultando evidente que la obligación, desde este punto de vista penal, afecta, sólo, a los conductores y no al resto de las personas que puedan encontrarse, en su caso, implicadas en un accidente y siempre que la misma se practique en los términos contenidos en los artículos 21 a 28 del ya referido Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003.

Es obligada la acotación, en relación a la reforma de que se trata, de las **modificaciones** que introduce. En **primer** lugar (de carácter formal sin consecuencias prácticas) la referencia a “un” agente de la autoridad, cuando el anterior artículo 380 decía “el” agente de la autoridad; **segundo**, que la referencia del anterior artículo 380 era a la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, esto es el artículo 379, mientras que el actual artículo 383 dice que es para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas a que se refieren los artículos anteriores, debiéndose entender los artículos 379 y 380 por la remisión de éste segundo al primero; **tercero**, desaparece toda referencia, al delito de **desobediencia grave**, para la pena prevista en el **artículo 556 CP.**, lo que implica, precisamente, la consideración del tipo delictivo de que se trata como un supuesto contra la seguridad vial con autonomía propia, aunque pudiera seguir siendo calificado de desobediencia; **cuarto**, la pena que establece es mucho mayor que la anteriormente prevista, pues, aunque la de prisión de 6 meses a 1 año es la misma que ya establecía el anterior artículo 380, por la referida remisión, lo cierto es que, por un lado, incluye como novedosa la pena de privación del derecho a conducir lo que ha sido criticado por tener una dudosa justificación jurídica al poder no existir —no lo exige el precepto— creación de riesgo ni tan siquiera abstracto, aunque, así debe admitirse, tiene un claro sentido práctico al potenciar, mediante la amenaza de la pérdida del derecho a conducir, la admisión de la realización de la prueba reforzando, así, su práctica y, por otro lado, primero, dicha pena de privación —de 1 a 4 años— es idéntica a la establecida en el artículo 379 CP., para los que conduzcan incurriendo en la que se ha denominado “velocidad típica” o “tasa típica” y, segundo, la pena de prisión (de 6 meses a 1 año) es sensiblemente superior a la de ese artículo 379 (de 3 a 6 meses), justo el doble, precisamente para reforzar

la asunción de la obligación de la realización de la prueba, aunque, se insiste, parece —la de privación— una pena que no tiene razón de ser en orden al delito de que se trata, salvo que se distinguieran aquellos supuestos en los que existen evidentes síntomas de que la conducción se realiza bajo la influencia de alcohol o sustancia; si bien, y **quinto**, puede ser precisamente esta circunstancia la que puede llevar a pensar que es esta interpretación la que permite, sin posibilidad de eventuales oposiciones, entender —en contra de lo que ocurría antes con el hasta ahora vigente artículo 380 CP., cuando quedaban fuera del tipo aquellos **controles preventivos** en los que la prueba se realizaba aleatoriamente, no para comprobar la influencia alcohólica, ya que no había sido apercibida en la conducción— que, ahora, la simple negativa para comprobar una tasa que puede existir o no existir supone ya el cumplimiento del tipo del artículo 383 CP., aunque se efectúe en un simple control preventivo y no se haya ingerido bebida alcohólica o toma de sustancia o droga alguna.

Es por todo ello que podría decirse, sin lugar a dudas, que este precepto responde a ese proceso —supra criticado— de la tendencia hacia la objetivización y **administrativización del Derecho Penal** —o progresiva criminalización de conductas ciudadanas—, pudiendo ser muestra de un claro solapamiento del Derecho Penal con el Administrativo, pues ambos incidirían sobre la misma conducta del sujeto con el mismo fin de comprobación, entendiéndose que, quizás, fuera más oportuno que supuestos como el que se trata quedaran en la órbita más puramente administrativa con la aplicación e imposición de la sanción más dura que se quisiera, pero sin judicializar materias y casos que, desde luego, lo que provocan es una mayor saturación de los Juzgados y llevan a la imposibilidad de atender, con suficientes garantía, seguridad y agilidad, la ejecución de las penas, lo que, ni más ni menos, podría empezar a estar ocurriendo, con el delito contenido en el siguiente artículo 384 del Código Penal.

Como se dijo en el ámbito de estudio de los otros tipos penales, la comisión simultánea de este delito y el de conducción influenciada por el consumo (del artículo 379,2º CP.) constituiría un **concurso real** de delitos, excluido de la norma concursal del artículo 382, con aplicación del artículo 73 CP., como, igualmente, lo constituiría la concurrencia con el delito de conducción temeraria, así como con los delitos o faltas imprudentes cometidos con ocasión de la circulación vial, con imposición de las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas.

El **artículo 384** castiga con la pena de prisión de 3 a 6 meses **o con la de multa** de 12 a 24 meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días, tanto, su **párrafo 1º**, al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por **pérdida total** de los **puntos** asignados legalmente, como, su **párrafo 2º**, al que realizare la conducción tras haber sido **privado** cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor **sin haber obtenido nunca** permiso o licencia de conducción.

La redacción final de este precepto varía de la contenida en el incluido en la **Proposición de Ley**, pues ésta, por un lado, insertaba también la pena, en todo caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 6 años y, por otro lado, no incluía la previsión de la redacción final de castigo “al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”, cuya inserción respondió, aunque con otra redacción diferente pero similar, a la **enmienda nº 16** en el Congreso de **Convergencia y Unión**, justificándola en el sentido de que con la redacción propuesta se agravaba la tenencia de permiso y se beneficiaba al que nunca lo había tenido, no previendo la oportuna respuesta punitiva para este supuesto.

La conducción de vehículo a motor sin (contar) con el correspondiente permiso de conducir, constituía en el **Código Penal de 1973** el delito del artículo 340, bis c), cuyo precepto fue dejado sin efecto, despenalizando en consecuencia la conducta, por la LO. 8/1983, de 25 de junio, hasta que ha vuelto a reaparecer, como comportamiento delictivo, con la reforma de que se trata operada por la LO. 15/2007, en los términos supra referidos.

Se trata de un **delito de peligro abstracto** —dado que no es necesario que se produzca la lesión del bien jurídico protegido o que se dé un peligro para la vida o la integridad de las personas—, que está fundado en la regla de experiencia que acredita la acusada peligrosidad de la conducción sin permiso, protegiéndose, en consecuencia, con tal tipificación la Seguridad Vial que se concreta en la evitación de un peligro para la vida o la integridad (¿física?) de los usuarios de la vía pública, que se encontrarán en riesgo por la peligrosidad ya manifestada del conductor por la no demostrada pericia o aptitud que se exige a todo el que va a estar a los mandos de un vehículo a motor o ciclomotor o que ha sido privado del permiso o la licencia de conducir; **de mera actividad**, que no necesita la producción de resultado alguno y que constituye un **delito (especial) de quebrantamiento** (especial), establecido con un ánimo integrador de todas las conductas incumplidoras, de carácter administrativo o judicial. Delito especial o **de propia mano** —pues, únicamente, puede cometerlo el conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor—, requiere que el comportamiento sea **doloso** —esto es, que su comisión implica el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto de conducir siendo consciente de que lo hace sin el correspondiente permiso o licencia, haciendo, además, la conducción peligrosa y arriesgada, por lo que la modalidad **imprudente** es impune al no estar prevista expresamente por la Ley, dado el sistema del CP, establecido en su artículo 12.

Son **tres las conductas delictivas** que recoge. La primera, la conducción en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente; la segunda, la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y, la tercera, la conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

La **primera**, —**pérdida de vigencia** por pérdida total de puntos—, tiene su fundamento en que dicho conductor —que inicia su experiencia circulatoria con 12 u 8 puntos, dependiendo de si su permiso o licencia tiene una antigüedad o no superior a 3 años o los ha obtenido nuevamente después de perder la asignación total inicial de puntos, de acuerdo con el **artículo 60 de la Ley sobre Tráfico**, Circulación de Vehículos a Motor y Responsabilidad Civil, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, según redacción dada por la **Ley 17/2005**, de 19 de julio, por la que se regula el **permiso** y la licencia de conducción **por puntos**— ha puesto de manifiesto una peligrosidad en su conducción que lleva a la necesidad de prohibirle, bajo amenaza de sanción penal, que conduzca en el futuro hasta que obtenga de nuevo la validez de su permiso o licencia por los medios reglamentariamente previstos. Se requiere pues, que **conste** fehacientemente la pérdida de dicha vigencia por el motivo expresado, a través de la correspondiente resolución administrativa al efecto y que esa resolución, además, de haberle sido **notificada** al imputado —como se ha puesto de manifiesto en la **reunión de la Comisión Provincial de Málaga de Coordinación de Policía Judicial** celebrada el día 23 de junio de 2008—, siendo que la falta de acreditación de tal circunstancia o su no existencia, por no concurrir, en consecuencia, el requisito de conocimiento del ahora imputado, constituye un obstáculo insalvable para acordar su condena penal, haya adquirido el carácter de **firme** por no haber sido recurrida o, recurrida, confirmada en la instancia

administrativa superior o mediante la correspondiente sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de tal forma que, acreditado que sobre la resolución pende algún tipo de recurso, los hechos no podrán integrar el tipo penal y han de ser considerados impunes y, en consecuencia, dictarse el correspondiente Auto de Sobreseimiento y Archivo o, si llegara el caso, sentencia absolutoria por falta de infracción penal.

Séptimo, nunca sería posible imputar por este delito, en su primera modalidad (pérdida de puntos), a un extranjero, sea **canadiense**, por citar una nacionalidad, o el **reincidente** sancionado administrativo **marroquí** que cruza España “cargado hasta las trancas” en su desplazamiento veraniego, por la sencilla razón de que las sucesivas sanciones administrativas que se le impusieran, con la correspondiente retirada de puntos, no son anotadas en el Registro de Conductores e Infractores, dado que tampoco su permiso resulta inscrito en dicho Registro español y que, no existiendo Convenio internacional al efecto, y detrayéndose los puntos cuando la resolución administrativa es firme, dichos conductores se encuentran ya en su país de residencia no pudiendo pedirse a las autoridades del mismo las detracciones de puntos que correspondieran.

La **segunda**, constituye un comportamiento que se alza contra la **privación judicial**, ya sea **cautelar o definitiva**, del permiso o licencia, de tal manera que dicha privación ha podido ser con carácter cautelar dentro del ámbito de las diligencias del Procedimiento Abreviado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 764,4º de la LECri., con el contenido dado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre —de reforma parcial de la L.E.Cri., sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado—, esto es, retención del permiso de conducción, requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos a motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 CP., lo que pone de manifiesto la persistencia de la remisión al delito de desobediencia recogido en dicho precepto, que no ha sido modificado por la reforma de que se trata de la LO. 15/2007; o ha podido ser —acordada la privación— con carácter definitivo, en el entendimiento correcto de que tal término —“**definitivamente**”— se refiere a la privación acordada en sentencia (definitiva y) firme y no que la privación prohíba al condenado a conducir para siempre (definitivamente). Debe resultar, así, claro que toda privación acordada en el vía administrativa —aunque confirmada por una resolución de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa— no motiva la comisión de este delito —esta segunda modalidad de que se trata—, debiendo no incumplimiento ser sancionado en esa misma vía administrativa sin utilización de la penal y a salvo de la pérdida de vigencia del permiso por pérdida de la totalidad de los puntos legalmente asignados, que podrá conllevar la condena por la comisión de la primera modalidad delictiva.

La **tercera** modalidad —conducción **sin haber obtenido nunca permiso o licencia**—, implica la comisión de la infracción penal cuando nunca se ha obtenido permiso o licencia, siendo su motivación el hecho de presumir que una persona que pilota o conduce un vehículo a motor o un ciclomotor sin haber contado nunca o en ningún momento con dichos documentos carece de la aptitud necesaria para poder hacerlo sin riesgo para los demás usuarios de la vía, elevándose tal acción a la categoría de delito porque ha querido entender el legislador que el derecho administrativo sancionador no tiene la fuerza disuasoria suficiente para velar por bienes tan esenciales como la vida o la integridad (¿física?) que se encuentran en peligro ante la conducción sin el permiso o licencia correspondiente.

Este precepto plantea, sin lugar a dudas, algunos **problemas interpretativos**.

Primero, no comete el delito quien en su día obtuvo el permiso o la licencia y en el momento de los hechos **no se encuentra en vigor** por causas distintas a las referidas a la pérdida de vigencia por pérdida de puntos o por privación judicial, como sería, por ejemplo, el supuesto del permiso caducado por no haber sido renovado en el plazo máximo de 4 años, aún cuando el mismo no habilita para conducir y, considerado como falta grave, implica la pérdida de 4 puntos y una multa de hasta 300 euros, porque se exige que nunca lo haya obtenido, es decir, que no exista y no, simplemente, que no esté en vigor por otras causas distintas, como podría ser la **pérdida** por el autorizado de los conocimientos o de las habilidades y **aptitudes psicofísicas exigidas** para el otorgamiento del permiso.

Segundo, no tendría encaje en el precepto quien conduce un **vehículo para el que no está habilitado**, dado que, expresándose que lo perpetrará quien nunca haya obtenido permiso o licencia —en contraposición al antiguo artículo 340, bis c) (del CP., de 1973) que establecía que cometía el delito quien condujera o condujese sin el correspondiente permiso—, pues ello supondría una interpretación extensiva y contraria al principio de legalidad (penal).

Tercero, no sería punible la conducción de un **vehículo a motor de superior categoría** —ya sea camión, autobús escolar e, incluso, de mercancías peligrosas— con un permiso de conducir de coche, esto es, con permiso básico o de la clase B.

Cuarto, tampoco se podría subsumir en el tipo delictivo el supuesto consistente en la conducción una vez **impuesta la pena firme de privación** del derecho a conducir por tiempo superior a dos años, que conlleva, de acuerdo con el artículo 47 CP., la pérdida de vigencia del permiso o licencia, porque, por un lado, no supondría la no obtención nunca de los mismos y, por otro, no sería abarcable por la pérdida de vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente; si bien podría quedar abierta la posibilidad de entender incluido el supuesto en la previsión de privación definitiva por decisión judicial, con el inconveniente para dicha interpretación de que esa previsión —pérdida de vigencia— pudiera considerarse una consecuencia administrativa de la pena impuesta consistente en la privación del derecho a conducir por tiempo de dos años, sin perjuicio de constituir un delito de desobediencia del artículo 556 CP., o de quebrantamiento del artículo 468 CP.

Quinto, igualmente quedaría fuera del ámbito del precepto el supuesto de conducción una vez **cumplido el tiempo de privación** del derecho a conducir contenido en sentencia judicial firme, porque el precepto iría dirigido a la conducción durante el tiempo de privación y no posteriormente y, en todo caso, se cuenta con permiso no siendo el caso de no haberlo obtenido nunca.

Sexto, tampoco integran el tipo penal los supuestos consistentes en la conducción por parte de **personas extranjeras** con permisos o licencias de sus respectivos países, que formen parte de la Unión Europea o comunitarios, que no alcanzan validez en España por falta de reconocimientos médicos o finalización del periodo de vigencia, o de países **no comunitarios**, que son válidos en el periodo de 6 meses desde la residencia normal, cuando no cumplan los requisitos de vigencia, no hayan sido homologados o presentados al canje administrativo correspondiente, los permisos o licencias que hayan perdido su vigencia por el paso del tiempo o por no haber sido renovados en el Estado de expedición o, simplemente, porque no son canjeables en España por no concurrir en los mismos los requisitos exigidos por la legislación española al efecto —sin que pueda interpretarse algo distinto argumentando la finalización de dicho plazo de 6 meses—, dado que dichas personas obtuvieron en su momento permiso o licencia de conducir aunque no sean válidos en España y en base a que el

precepto no distingue entre permisos obtenidos en España o en el extranjero y/o que tengan o no validez en el momento de la conducción, sin perjuicio, claro está, de la correspondiente sanción administrativa.

Sin que ninguna duda pueda existir respecto de los casos de conducción con permiso falso o **falsificado** —no habiendo obtenido el sujeto con anterioridad y nunca permiso o licencia— en los que habrá de imputarse dos delitos, uno del artículo 384 CP., de que se trata u otro de falsedad documental de su artículo 390 y siguientes.

Y, séptimo, **si** sería, por el contrario, **delictiva** la conducción de un vehículo a motor de cuatro ruedas con potencia superior a 50 cc., contando, exclusivamente, con la licencia establecida para ciclomotores, ya que el artículo está redactado de tal forma que distingue entre vehículos a motor y ciclomotores y entre permiso de conducir y licencia, obteniéndose uno y otro de manera diferente y con unas exigencias menores para los segundos que para los primeros.

Resulta oportuno referir en este momento que **la pena de privación** del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores contenida en los artículos 379, 380, 381 y 383 sólo abarca tal supuesto, es decir, imposibilidad de conducir durante el tiempo de la condena, pero **no la imposibilidad de obtener** el permiso o la licencia durante dicho tiempo, como sería el caso del conductor que condujese un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (artículo 379, 2º CP.) sin haber obtenido nunca el **permiso** que lo habilita para ello, quien podría durante, por ejemplo el año y medio de la condena, **obtenerlo**, pero en el entendimiento de que, obtenido, no puede volver a conducir hasta el efectivo y total cumplimiento de dicha pena, incurriendo, si lo hiciera (condujere) en la segunda modalidad del delito del artículo 384 CP.

Finalmente, cabe la comisión simultánea de este delito y cualquiera de los otros contra la seguridad vial, aplicándose las reglas del **curso ideal** de delitos y la pena —ex artículo 73 CP.—, prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, ya que en caso contrario se sancionarían las infracciones por separado.

Por fin, el **artículo 385**, castiga con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o a las de multa de 12 a 24 meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días, al que **originare un grave riesgo para la circulación** de alguna de las dos siguientes formas, (1º) **colocando** en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio ó (2º) **no restableciendo** la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

El precepto ha sido aprobado con el mismo contenido que aparecía en la **Proposición de Ley**, habiéndose rechazado la **enmienda del Grupo Popular** nº 13 en el Congreso, que pretendía que el precepto, en vez de decir grave riesgo para la circulación, dijera “grave riesgo para la seguridad vial”, en mor de una mejora técnica, como también se rechazaron las enmiendas del mismo Grupo nº 14 en el Congreso y nº 10 en el Senado, que pretendían eliminar el calificativo de “imprevisibles” que acompaña a “obstáculos”, argumentando que el término parece innecesario, ya que cualquier objeto que no esté debidamente autorizado, puede poner en peligro la seguridad vial.

Traslada la regulación **anterior** a la reforma en el **artículo 382** al nuevo artículo 385, llevando a cabo las siguientes **modificaciones**. La primera, **eliminando** la referencia a la **alteración** de la seguridad del tráfico que iniciaba el nº 1º del precepto, por resultar evidente que mediante las acciones que se relacionan en el mismo se está produciendo, ya, dicha alteración; la segunda, en la línea de la tónica de la reforma, se introduce, la **pena de trabajos** en beneficio

de la comunidad que, ahora junto con la pena de multa, constituye una pena bloque como alternativa a la pena de prisión; la tercera, que los "atentados" contra la señalización no se limitan, como antes, a la mutación o daños, sino que se concreta que podrán consistir en la **mutación, sustracción o anulación** de la misma, que vienen a significar, la primera (la mutación), la modificación o deterioro de las indicaciones de las vías de manera que resulten ininteligibles o confusas, entendiéndose que sólo tendrán entidad penal los cambios que incidan sobre las señales avisadoras de peligro, la segunda (sustracción), conlleva el apoderamiento de la señal que constituiría un hurto y supondría la presencia de un concurso ideal con dicha infracción y la tercera (la anulación), implicaría la eliminación, de cualquier manera y por cualquier medio, de la señal, mientras que la referencia a cualquier otro medio —originador de un grave riesgo para la circulación— sugiere la posibilidad de una relación de medios abierta.

No todo cambio o desperfecto en la señalización será subsumible en el precepto, sino únicamente los que afecten a **señales avisadoras de peligro o a prohibiciones** cuya inobservancia puede ser peligrosa, debiendo, igualmente, entenderse que **no se incluye** en este precepto como conducta punible la destrucción, sustracción, daño o inutilización de aparatos de control de la velocidad.

## V. PROCESOS

No puede existir duda respecto de la cuestión atinente al **procedimiento aplicable** —sin olvidar la clásica distinción de Fenech entre proceso y procedimiento, siendo el primero la sucesión de actos y, el segundo, el método o canon para la realización de esa secuencia de actos y, en consecuencia, el procedimiento la medida del proceso y una norma de actuación—, dado que el **artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** —según redacción dada por la LO. 15/2003, que en nada afectó a la previsión de los delitos contra la seguridad vial (sigue diciendo el precepto contra la seguridad del tráfico) establecido por la **Ley 38/2002**, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el **enjuiciamiento rápido** e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado— ha dispuesto la aplicación a dichos delitos (contra la seguridad vial) del procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, lo que implica la incoación en el Juzgado de Guardia de la correspondientes Diligencias Urgentes reguladas en los artículos 797 y siguientes de la LECri., salvo que, ha de entenderse, se produzca un resultado lesivo de los previstos en el artículo 382 CP., como por ejemplo homicidio del artículo 138 CP., castigado con pena de prisión de 10 a 15 años, en que se incoarán Diligencias Previas y en que el enjuiciamiento corresponderá, de acuerdo con el artículo 14 de la LECri., a la Audiencia Provincial y a la vista de la conexidad referida en el artículo 795,1,3ª de la misma norma procesal.

De tal manera que una vez producido uno de los **hechos** constitutivos de un delito contra la seguridad vial, el Cuerpo de Seguridad de que se trate formará el correspondiente atestado policial procediendo, en su caso, a la **detención** del autor, quien será puesto a disposición del Juzgado de Guardia de Detenidos —en el caso de los Juzgados de Málaga capital, de acuerdo con las Normas de Reparto establecidas al efecto aprobadas en Junta Sectorial de Jueces de Instrucción y ratificadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Granada— o citado —caso de no ser detenido a la vista de la entidad de dichos hechos y las circunstancias personales y de otra clase concurrentes—, ante dicho órgano judicial, en el que se procederá a la incoación de las correspondientes **Diligencias**

**Urgentes** —por reunirse las condiciones establecidas en el citado artículo 795 y dado que la pena a imponer privativa de libertad, por ejemplo, no excede de cinco años—, practicándose todas las diligencias de prueba que se consideren necesarias (ex artículo 797,1º LECri.) y recabándose los informes pertinentes a fin de que por el Ministerio Fiscal —y también por las acusaciones particulares personadas— se pueda formular escrito de acusación (artículo 800,2) caso de no corresponder el sobreseimiento de las actuaciones (artículo 800,1), previo dictado del Auto de continuación del procedimiento, y con la finalidad de proceder a la apertura del Juicio Oral, momento en que queda expedita la posibilidad por parte del imputado, con el asesoramiento del Letrado designado o por quien preste el servicio de oficio —no obstante tratarse de delito para el que el artículo 520,5 permite la renuncia a dicha asistencia—, en los términos contenidos en el artículo 800,2, de prestar su **conformidad**, lo que implicará, de acuerdo con el artículo 801, si la pena no superare los 3 años de prisión o los 10 años si es de otra naturaleza, la reducción de la pena en un tercio, procediéndose por el juzgador a dictar la llamada **Sentencia de Conformidad** que conllevará la admisión por el acusado de los hechos contenidos en el atestado policial y en el relato de hechos del Ministerio Fiscal y/o de la acusación particular, así como el consentimiento a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad si la conllevará el delito de que se trate.

Puede resultar que, o bien no exista conformidad porque el imputado no reconozca los hechos o prefiera, en sintonía con su Letrado, articular alguna línea de defensa, en cuyo caso no se dictará sentencia de conformidad y se procederá a **señalar el Juicio Oral** ante el Juzgado de lo Penal que corresponda (artículo 800, 3), previa concesión de un plazo de hasta 5 cinco días para la formulación del escrito de defensa, o bien que se entienda, ya sea por la defensa o por el Ministerio Fiscal, necesaria la práctica de diligencias complementarias (ex artículo 798, 2) en cuyo caso se dictará por el juez Auto acordando la **transformación** de las Diligencias Urgentes en **Diligencias Previas** del Procedimiento Abreviado, cuyos trámites "normales" se seguirán a partir de ese momento, pero sin que, una vez practicadas y formulado el correspondiente escrito de acusación, exista inconveniente en que el acusado se conforme en los términos contenidos en el artículo 784,3 en relación con el artículo 787 LECri., y se proceda a la aplicación de la "rebaja" del tercio.

Deberá, igualmente, acordarse lo necesario en relación a la **suspensión** o sustitución de la pena, siempre que, en cuanto a la primera y de acuerdo con el artículo 80 CP., se trate de la pena privativa de libertad y el condenado haya delinquirido por primera vez (ex artículo 81 CP.) y que la pena privativa de libertad no sea superior a 2 años que, en el caso de los delitos de que se trata puede ser, también, condicionada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 CP., a la participación en programas de educación vial en aquellos sitios en que estén previstos por las entidades administrativo-políticas; debiéndose tener en cuenta que podría no tener lugar la aplicación de este instituto en aquellos casos en que el condenado sea reincidente, esto es, haya sido, en los términos del artículo 22,8º CP., condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código, es decir contra la Seguridad Colectiva del Título XVII, artículos 341 a 385 CP., y por tanto, la posibilidad, caso de conformidad ante el Juzgado de Guardia o después de la sentencia que se dicta por el Juzgado de lo Penal, de tener que ingresar en prisión para el cumplimiento de la pena de prisión que le fuere impuesta por cualquiera de los delitos de los artículos 379 a 385 del CP., lo que, obviamente, habría conllevado la no prestación de la conformidad y el señalamiento del correspondiente Juicio ante el Juzgado de lo Penal.

En cuanto a la segunda (**sustitución**), el artículo 88 CP., la permite respecto de la pena de prisión —cuando ésta no exceda de 1 ó 2 años y los condenados no sean habituales, pudiendo imponerse la medida de participación en programas de educación vial— sustituyéndola por la de multa o por la de trabajos en beneficio de la comunidad, a razón de dos cuotas de multa o una jornada de trabajo por cada día de prisión.

Respecto de la pena de **privación** del permiso de conducir, en un supuesto en que alguien hubiere sido condenado a la misma en sucesivas sentencias condenatorias por hechos ocurridos en momentos distanciados en el tiempo, parece lógico pensar que, a la vista del precepto citado del artículo 80 CP., **no** resultaría procedente acordar la **suspensión** de dicha pena, dado que, primero, el mismo sólo la prevé para la pena privativa de libertad y, segundo, que se aplicarían las normas establecidas en los artículos 75 y 76 CP. —cumplimiento sucesivo hasta el límite del triple de las más grave de las penas impuestas—, dado que no habrían sido acordadas —las varias impuestas— en un mismo proceso, como exige el artículo 76 CP., sino en distintos distanciados en el tiempo.

## VI. RESPONSABILIDAD CIVIL

Resulta evidente que la causación de **daños o perjuicios** (incluidos en ellos las lesiones y el fallecimiento) habrá de ser objeto de **reparación**, por quien corresponda, mediante la adecuada indemnización de acuerdo con el artículo 1092 del Código Civil y, en el ámbito penal, en atención, también al artículo 116 CP., a través de la asunción de la consiguiente **responsabilidad civil**.

Tal previsión requiere la existencia de una norma que concrete los términos de la exigencia de dicha responsabilidad y el resto de las cuestiones que pudieran plantearse, y así el **Decreto 632/1968**, de 21 de marzo aprobó la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor —cuyo nombre fue modificado por la **Ley 30/1995**, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, para llamarla Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor—, que fue derogado por el **Real Decreto Legislativo 8/2004**, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mismo último nombre (BOE de 5 de noviembre de 2004), recientemente modificado por la **Ley 21/2007**, de 11 de julio, que asimismo modifica el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que deroga la citada **Ley 30/1995** —excepto lo que refiere en relación a sus disposiciones adicionales 1ª a 12ª y 15ª, recogiendo que lo previsto en la 9ª (en cuanto a las modificaciones en el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros) continúe en vigor hasta la aprobación del texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, previsto en la disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

En consecuencia, la responsabilidad civil habrá de ser exigida —ex artículo 116 CP.— al **responsable** de la infracción penal, pero también —máxime en el ámbito de la circulación en que nos encontramos— a la **entidad aseguradora** —ex artículo 117 CP.— del vehículo de que se trate, que será (sic, dicho último precepto) responsable civil directo hasta el límite de la indemnización, ya se encuentre legalmente establecida o haya sido convencionalmente pactada (por lo que habrá de estarse a lo contenido en el clausulado del contrato o póliza de seguro) y sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda; lo que quiere decir, primero,

que la entidad aseguradora deberá responder, en todo caso, frente a los terceros perjudicados víctimas del comportamiento llevado a cabo por su asegurado, segundo, que dicha asunción de responsabilidad civil lo es con carácter directo, esto es, en la misma posición que el autor del delito —no como responsable subsidiario, como correspondería al titular del vehículo, de acuerdo con el artículo 120 CP.— y, tercero, que, una vez, abonada la indemnización podría repetir, reclamando el montante pagado, contra quien sea el último responsable.

Igual responsabilidad competiría al **Consorcio de Compensación de Seguros**, de acuerdo con el artículo 11 de la **Ley 21/2007** y el artículo 20 del **Real Decreto 1507/2008**, de 12 de septiembre —por el se aprueba el **Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil** en la circulación de vehículos a motor, que desarrolla la citada Ley 21/2007, con los cambios que se dirá (que ha entrado en vigor el día 14 de octubre) y que deroga el **Real Decreto 7/2001**, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y el Real Decreto 299/2004, de 20 de febrero, que lo modificó—. Así el Consorcio asumirá la indemnización —dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio— en los supuestos (contenidos en las letras a) a g) del artículo 11 de la Ley) en que el vehículo causante sea desconocido, no esté asegurado, haya sido objeto de robo o robo de uso —teniendo en cuenta que, tanto en este caso como el anterior de vehículo no asegurado, el Consorcio no responderá de los daños a las personas y a los bienes sufridos por quienes ocuparen voluntariamente el vehículo causante del siniestro, cuando los mismos conocieren que el mismo no estaba asegurado o que había sido robado, cuya prueba corresponderá a dicho Organismo—, exista controversia entre el mismo y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado, cuando la entidad española aseguradora haya sido declarada judicialmente en concurso o estuviera sujeta a un procedimiento de liquidación, haya de reembolsar, en los tres casos que recoge su letra f), las indemnizaciones satisfechas a los perjudicados residentes en otros Estados del Espacio Económico Europeo por los organismos de indemnización y cuando se trate de vehículo importado a España desde otro Estado miembro de dicho Espacio —siempre que el vehículo no esté asegurado y el accidente haya ocurrido dentro del plazo de 30 días a contar desde que el comprador aceptó la entrega del vehículo—. Contra el Consorcio tendrá acción directa el perjudicado —ex artículo 11.3 de la Ley 21/2007—, sin que pueda condicionar el pago de la indemnización —apartado 5º— a la prueba por parte del mismo de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo, sin perjuicio de su derecho de repetición que prescribirá —apartado 4º— en el plazo de un año, recogido en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 8/2004—.

Resulta necesario advertir que la **Ley 21/2007**, ha introducido **algunos cambios** en la normativa del aseguramiento de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, primero, si bien se refiere al seguro de suscripción obligatoria y al seguro voluntario, lo cierto es que recoge, ahora en su artículo 4, los importes de la **cobertura del seguro obligatorio**, al contrario del antes de ser reformado artículo del Real Decreto Legislativo 8/2004 que lo remitía a la determinación reglamentaria, fijando los daños a las personas en 70 millones de euros la cantidad por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas y en 15 millones de euros por siniestro los daños en los bienes, siendo evidente que si la cuantía de la indemnización fuere superior la misma quedaría a cargo del seguro voluntario; segundo, se aclara el alcance de la exclusión de la **cobertura del conductor** del vehículo asegurado, de tal forma que, si antes se referían sólo los daños ocasionados a su persona, ahora se habla de los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente; tercero,



se define en su artículo 2 lo que se entiende por **estacionamiento habitual en España** —dado que ello determinará el ámbito territorial de la cobertura (ex artículo 4, de nuevo, el territorio del Espacio Económico Europeo y el de los Estados adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros de ese Espacio y de otros Estados asociados) y la obligación de indemnizar por parte de la entidad aseguradora o el Consorcio de Compensación de Seguros—, determinándose que tiene estacionamiento habitual en España el vehículo con matrícula española, sea definitiva o temporal, el vehículo para el que no exista matrícula pero lleve placa de seguro o signo distintivo análogo a la misma o el **vehículo importado** desde otro Estado miembro del referido Espacio y durante el periodo máximo de 30 días desde que el comprador aceptó la entrega, aunque no tenga matrícula española, a cuyo efecto podrá ser asegurado temporalmente mediante lo que se denomina seguro de frontera; cuarto, se obliga a las entidades aseguradoras, previa petición del propietario del vehículo o del tomador del seguro, a expedir el **certificado de antecedentes** de siniestralidad, así como a presentar —ex artículo 7— una **oferta motivada de indemnización** en el plazo máximo de 3 meses desde la recepción de la reclamación por el perjudicado; y, quinto, se modifica el número 6º del apartado 1º del Anexo —esto es, los Criterios para la determinación de la indemnización de acuerdo con las Tablas establecidas al efecto—, para concretar expresamente que la indemnización incluirá, además de las cantidades que procedan de acuerdo con las referidas Tablas, los gastos de asistencia médica, farmacéutica (nuevo) y hospitalaria en la cuantía (nuevo) necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada e, incluyéndose en las indemnizaciones por fallecimiento —antes se decía por muerte— los gastos de entierro y funeral, según —se añade ahora— los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique.

Por su parte, respecto del **Reglamento** aprobado por **Real Decreto 1507/2008**, referir, tan solo, **tres modificaciones**. La primera, dirigida al cambio de denominación que contenía el anterior Reglamento de 2001, en el sentido de **regular, exclusivamente, el seguro obligatorio** —ex artículo 1—, denominándose, en consecuencia, Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, pero no olvidando, lo que constituiría la segunda modificación, la **previsión de compensación** —ex artículo 10— en la aplicación de los importes de la cobertura del seguro obligatorio fijados en la Ley supra referida, con la consiguiente posibilidad de superación del sistema de aseguramiento dual, seguro obligatorio y seguro voluntario de responsabilidad civil, existente en la actualidad; siendo la tercera, la determinación de lo que haya de considerarse como **hechos de la circulación**, esto es —ex artículo 2—, los (hechos) derivados del riesgo creado por la conducción de los **vehículos a motor** a que se refiere el artículo anterior —todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial—, tanto por garajes y aparcamientos —ha de entenderse públicos y privados—, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común; finalmente, en relación a **otras cuestiones**, concreta determinados aspectos de la oferta motivada de indemnización y de la respuesta motivada que deben emitir las entidades aseguradoras, sistematiza la documentación relativa al seguro, incluida la que sirve para acreditar

su vigencia, desarrolla determinados aspectos referidos al pago de la indemnización, recoge la regulación de la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles y contiene, actualizado, el régimen del Fichero Informativo de Vehículos Asegurados, como mecanismo central para identificación de la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil de cada uno de los vehículos implicados en un accidente y del control de la obligación de asegurarse.

La acción civil se ejercita conjuntamente con la penal, por parte del Ministerio **Fiscal**, exista o no acusación particular y salvo que haya recaído renuncia expresa a la misma o se haya reservado para ser ejercitada en procedimiento (civil) separado.

Para la determinación de la cuantía indemnizatoria se aplica el **“baremo”** incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, inicialmente, por la **Ley 30/1995, de 8 de noviembre**, de ordenación y supervisión de los seguros privados —luego modificada por la **Ley 34/2003, de 4 de noviembre**, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, que estableció una nueva Clasificación y valoración de las Secuelas contenidas en la Tabla VI de la Ley— y, actualmente recogido en el **Real Decreto Legislativo 8/2004**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, estableciéndose un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; el baremo se compone de **6 Tablas**, dedicadas las dos primeras (I y II) a las indemnizaciones por muerte, la III y la IV a las indemnizaciones por lesiones permanentes, la V para las incapacidades temporales y la VI dedicada a las secuelas. Este sistema, dadas las dudas de inconstitucionalidad planteadas, fue declarado **constitucional** y de carácter vinculante y obligatorio por la **sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000**, tanto en los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, como cuando en la producción del daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, sin quedar limitada la reparación tasada al ámbito del seguro de suscripción obligatoria y que determinó que el **“famoso” factor de corrección** sólo es aplicable a las **“secuelas”** como lesiones de carácter permanente, pero no a las lesiones temporales, dependiendo de la edad de la víctima y apoyado en sus ingresos económicos y teniendo en cuenta la posibilidad de aplicación del 10% sin necesidad de justificación de los mismos si el sujeto se encuentra en edad laboral; sus reglas, según consolidada doctrina jurisprudencial, no son de aplicación obligatoria para la determinación de la indemnización que pueda corresponder en cada caso por los daños y perjuicios derivados de los delitos dolosos, pero su contenido puede ser tenido en cuenta por los tribunales como **regla orientativa**.

**Anualmente** y con efectos desde el día 1 de enero de cada año, se actualizan las cuantías indemnizatorias —en su defecto, quedarían automáticamente actualizadas en el porcentaje del IPC correspondiente al año natural inmediatamente anterior—, habiéndose establecido las vigentes mediante la **Resolución de 17 de enero de 2008**, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico, publicada en las páginas 4589 a 4593 del BOE de fecha 24 de enero de 2008, cuya corrección de “erratas” se publica en el BOE de 5 de febrero de 2008, que afectan, exclusivamente, a errores materiales de transcripción de cantidades.

Históricamente ha existido la duda de **cuál será el “baremo”** aplicable, si el de la fecha del siniestro (accidente), la fecha de la sentencia de instancia o la fecha de la liquidación efec-



tiva de la indemnización durante el trámite de ejecución de sentencia, habiéndose decantado los tribunales, mayoritariamente, por la aplicación del baremo vigente a la fecha del accidente (sinistro); si bien existen **dos sentencias** al respecto **de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, las números 429 y 430, de 17 de abril de 2007**, de la misma ponente Sra. Roca Trías, que establecen (sic) que las consecuencias del accidente se determinan en el momento en que el mismo se produce afectando dicho régimen al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los caso de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente, pero que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tendrán que determinar en un momento posterior de tal manera que la cuantificación de los puntos que correspondan según el sistema de valoración aplicable debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (como la sentencia de 3 de octubre de 2006) y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial, quedando, de este modo, salvado el principio de irretroactividad porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación tenga lugar en un momento posterior.

Dado que, como se ha dicho, el seguro obligatorio debe garantizar la cobertura —de la responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles con estacionamiento habitual en España, mediante el pago de una sola prima en todo el territorio del Espacio Económico Europeo y de los Estados adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del mismo (EEE) y de otros Estados asociados, fijándose un importe máximo de la cobertura, quedando el resto del montante total de la indemnización a cargo del seguro voluntario, en su caso, o del responsable del siniestro—, resulta de significativa importancia en relación a la materia de que se trata —delitos contra la seguridad vial— el **Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007** que establece que “no responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando **el vehículo a motor sea el instrumento directamente buscado** para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”, Acuerdo que ha sido corroborado por las **sentencias** de la misma Sala de fechas 27 de abril y de 10 de mayo de 2007. Si bien el perjudicado o sus herederos tienen **acción directa** para exigir que los aseguradores satisfagan el importe de los daños sufridos en su persona o bienes, sin perjuicio del **derecho del asegurador a repetir** contra el asegurado —en el caso de que sean debidos a conducta dolosa de éste o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas—, contra el tercero responsable del daño o contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley de contrato de seguro, en el propio contrato y en cualquier otro supuesto legalmente establecido.

Resulta **curioso el supuesto** contenido en la **sentencia** de la Sala Segunda del **TS., de 6 de diciembre de 2007**, que absuelve a un conductor que fue denunciado por la aseguradora Mapfre por fingir ceguera para cobrar una indemnización mayor tras un accidente. Respecto del mismo se estableció en sentencia judicial su derecho a ser indemnizado en la cantidad de 550.000 euros por desembocar las lesiones que tuvo en ceguera al considerarle ciego total, gran inválido e imposibilitado para conducir automóviles, cuando, conduciendo su motocicleta

en el año 1996, fue arrollado por una furgoneta, si bien dos años después fue sancionado por conducir el vehículo BMW de su propiedad a más de 150 kilómetros por hora. Una vez conocido este accidente por la entidad aseguradora de dicha furgoneta se interpuso denuncia contra el mismo por estafa, de la que ha sido absuelto, dado que, si bien los médicos certificaron que padecía una “ceguera cortical”, lo cierto es que el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia absolutoria de la AP., de Barcelona, ha establecido que dicha dolencia no es incompatible con el grado de visión que conserva el acusado en el ojo derecho y que el mismo nunca declaró carecer por completo de visión en ambos ojos, ya que siempre ha reconocido que percibe un rayo de luz en el derecho.

Finalmente, han de esbozarse, exclusivamente, **dos cuestiones**.

**La primera**, relativa a la **intervención** de las **entidades aseguradoras** en el procedimiento judicial —que, de acuerdo con el artículo 761.5 de la LECri., han debido ser citadas por la fuerza policial ante el Juzgado de Guardia para la tramitación de las correspondientes Diligencias Urgentes—, que no es otra, de acuerdo con el artículo 764, 3 —en su redacción por la Ley 38/2002— de la LECri., que la atinente a la responsabilidad civil pudiendo ejercitar su derecho de defensa, exclusivamente, en relación con su obligación de afianzar a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentaren resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente (evidentemente, de responsabilidad civil), pero negándosele, categóricamente, en tal concepto —el de entidad responsable del seguro obligatorio— la posibilidad de ser parte en el proceso (debería decir procedimiento); debiéndose admitir la posibilidad inicialmente referida igualmente para lo relativo al señalamiento y pago de la pensión provisional a que se refiere el artículo 765,1 de la misma norma procesal. Ello quiere decir que **no** puede la entidad aseguradora alegar cuestión alguna en relación **con la responsabilidad penal** de su asegurado, incluso cuando la posible conformidad del mismo, por mor del artículo 801, pueda implicar un fraude a sus intereses —por lo que puede suponer la asunción de responsabilidad por el mismo cuando pudiera ser achacable a un tercero— o poder no conllevar asunción de indemnización por existir la posibilidad de no ser considerado el asegurado autor de los hechos al existir línea defensiva en juicio, pero “interesarle” al mismo conformarse por la rebaja del tercio, etc.; ni siquiera interponer recurso de apelación contra la sentencia que se haya dictado aún cuando, como se ha dicho, haya habido un reconocimiento de los hechos de forma sospechosa o pueda existir un fraude de ley o procesal, rechazado por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, o una posible estafa procesal —ex sentencias, por ejemplo, de la AP., de León de 4 de febrero de 2005 o de la AP., de Huesca de 29 de diciembre de 2006.

Si bien resulta posible —ex **Acuerdo** adoptado por el Pleno de la Sala 2ª **TS., de 30 de enero de 2007**, luego confirmada por la **sentencia de 1 de marzo de 2007**— que, cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, pueda reclamar, como **actor civil** subrogándose en la posición del perjudicado, frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo.

Y, **la segunda**, relativa a la posible **responsabilidad** de las **Administraciones** públicas competentes, de un lado, por las condiciones de las carreteras y, de otro lado, por el estado de la señalización de las mismas, ya se trate de obras en la calzada o de defectuosa, inadecuada o inexistente señalización tanto de determinados trabajos que se estén realizados en la misma como de los límites de velocidad establecidos legalmente —o, incluso, por la per-

sistencia de los “cartelones” publicitarios—, ya que, piénsese, por ejemplo, en la incidencia en la producción de los hechos, de conducción temeraria, del mal peraltado de la vía o la existencia en la misma de baches o agujeros que multiplican el resultado lesivo y dañoso finalmente producido o la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido la administración competente por el hecho de la no reposición, valga el ejemplo, de una señal eliminada por un usuario que provoca que otro pueda incurrir en el delito contenido en el artículo 379.1 CP., por desconocimiento de la efectiva inicial velocidad establecida que podría hacerle incurrir en el delito o, simplemente, en la infracción administrativa, teniendo en cuenta la intención de la norma reformadora —ex Exposición de Motivos— de incrementar el control sobre el riesgo tolerable—; claro que, como es sabido, el planteamiento de la exigencia de responsabilidad (civil) a la Administración complicaría las cosas, dado que la **jurisdicción competente** sería la **Contencioso-administrativa**, de acuerdo con el artículo 8 de la **Ley 29/1998**, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, según redacción dada **por la Ley Orgánica 19/2003**, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para terminar, como **colofón**, se puede decir que la reforma de que se trata pretende atajar, con presupuestos inicialmente políticos ante una sociedad sensibilizada, el problema de la “violencia vial” con instrumentos que, con posibilidad de ser aplicados con la dureza que proceda en el ámbito administrativo, podrían en algún caso, sobrepasar los límites del Derecho Penal y provocar una mayor carga de trabajo de los órganos judiciales saturándolos en exceso, deseándose que, por un lado, se adopten las medidas necesarias para que evitar que la praxis haga recorrer un inadecuado camino —adoptándose iniciativas que depuren determinadas aristas negativas y que, por otro lado, se instrumenten los elementos indispensables para que la ejecución de las sanciones tenga una traducción práctica acorde con la intención manifestada a la hora de “dar a luz” a la norma penal.

#### REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Textos Legales y Proyectos y Proposiciones de Ley y su desarrollo parlamentario(enmiendas y tomas en consideración).
- Artículos periodísticos.
- Datos obtenidos de casos prácticos reales.
- Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.
- Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial de enero de 2008.
- Notas de Textos y Opiniones doctrinales: “Análisis de la concurrencia de la responsabilidad del Administración en los accidentes de tráfico”. Vicente Magro Servet; “Delitos contra la Seguridad Vial. LO 15/2007, de reforma del Código Penal”. Jesús Pórfilo Navarro; “Interpretación del artículo 384 CP, relativo a la conducción si permiso o licencia”. Javier Muñoz Cuesta; “Delitos contra la seguridad vial”. Alfonso Ballestín Miguel. XIII Jornadas Responsabilidad Civil y Seguros. Zaragoza, febrero de 2008; “Delitos contra la seguridad vial”. Francisco Javier Molina Gimeno; “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”. José Luis González Cussac; “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”. Rosario de Vicente Martínez.

# novedades jurisprudenciales



## documentos seleccionados

1. GANANCIA PATRIMONIAL POR LA COMPRA Y VENTA DE UNOS LOCALES. Tasación Pericial Contradictoria. Impugnación. Alcance. Falta de motivación. Examen de los informes periciales de parte incorporados a autos y del informe del perito judicial. Adolece de idéntica falta de motivación. No prescripción por tardanza en el dictamen de la TPC. Retroacción de actuaciones para que el perito dirimente motive adecuadamente su informe (Tol 1463426)
2. Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo en el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. La primera actualización automática del valor de las indemnizaciones fijadas en el baremo por accidentes de circulación es la correspondiente a 1 de enero de 1996. Mora de la aseguradora: inexistencia de causa justificada en el impago de la indemnización (Tol 1474908)
3. PENSIÓN COMPENSATORIA. Compatibilidad con el régimen de separación pactado en capitulaciones otorgadas en fecha anterior a la ruptura, siendo irrelevante para la apreciación de las circunstancias del artículo 97 del Código Civil que al tiempo de la ruptura constara disuelta y liquidada la sociedad de gananciales vigente hasta ese momento, y que la esposa tuviera medios económicos suficientes para subsistir (Tol 1474923)

1. **Ganancia patrimonial por la compra y venta de unos locales. Tasación Pericial Contradictoria. Impugnación. Alcance. Falta de motivación. Examen de los informes periciales de parte incorporados a autos y del informe del perito judicial. Adolece de idéntica falta de motivación. No prescripción por tardanza en el dictamen de la TPC. Retroacción de actuaciones para que el perito dirimente motive adecuadamente su informe**

■ **Fecha: 27/02/2009 - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Origen: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León sede en Burgos - Tipo Resolución: Sentencia - Ponente: MARÍA CONCEPCIÓN GARCÍA VICARIO (Tol 1464426)**

#### ENCABEZAMIENTO:

Número de Resolución: 99/2009  
Número de Recurso: 258/2007  
Procedimiento: TRIBUTARIA

#### SENTENCIA

En la Ciudad de Burgos a veintisiete de febrero de dos mil nueve.

En el recurso contencioso administrativo número 258/07 interpuesto por Don Agustín y Doña M argarita representados por el Procurador Don Jesús Miguel Prieto Casado y defendidos por el Letrado Don Javier Alonso Duran, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de 30 de mayo de 2007, por la que se desestima la reclamación económico administrativa seguida con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación de 7 de agosto de 2006 dictado por el Inspector Regional Adjunto de la Dependencia Regional de Inspección, con sede en Burgos, de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Castilla y León, derivado de acta de disconformidad NUM001, por el IRPF del ejercicio 1999, por un importe de 11.849,29 e; habiendo comparecido como parte demandada la Administración General del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado en virtud de la representación que por ley ostenta.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala el día 20 de julio de 2007 .

Admitido a trámite el recurso se dio al mismo la publicidad legal, se reclamó el ex-

pediente administrativo; recibido, se confirió traslado a los recurrentes para que formalizaran la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 3 de octubre de 2007 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: a) Se declare la nulidad de los actos recurridos, por prescripción del derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. B) Subsidiariamente, nulidad de los actos recurridos, ya sea por falta de motivación de los informes y resoluciones administrativas, por valoración inexacta del valor de mercado de las fincas transmitidas, por aplicación del principio de unicidad, o por los otros defectos opuestos. Todo ello con costas a la Administración Tributaria

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por termino legal a la parte demandada que contestó a la demanda a medio de escrito de 29 de noviembre de 2007 oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo en base a los fundamentos jurídicos que aduce.

TERCERO.- Una vez dictado Auto de fijación de cuantía, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos y tras la presentación de conclusiones escritas, quedaron los autos conclusos para sentencia, y no pudiéndose dictar ésta en el plazo de diez días previsto en el art. 67.1 de la Ley 29/98, al existir recursos pendientes de señalamiento para Votación y Fallo con preferencia, y puesto que el art. 64.3 de la misma Ley, establece que tal señalamiento se ajustará al orden expresado en el apartado 1 del artículo anterior y existiendo en la Sala recursos conclusos de fecha anterior, y por tanto con preferencia para efectuar su señalamiento al de este recurso, quedaron

los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día 26 de febrero de 2009 para votación y fallo, lo que se efectuó. Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de 30 de mayo de 2007, por la que se desestima la reclamación económico administrativa seguida con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación de 7 de agosto de 2006 dictado por el Inspector Regional Adjunto de la Dependencia Regional de Inspección, con sede en Burgos, de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Castilla y León, derivado de acta de disconformidad NUM001, por el IRPF del ejercicio 1999, por un importe de 11.849,29 e.

Se alega por la parte recurrente prescripción del derecho de la Administración para liquidar la deuda tributaria, al haber incurrido en caducidad del procedimiento de inspección, por transcurrir más de seis meses de paralización del procedimiento desde que se solicitó el 16 de enero de 2004 la práctica de tasación pericial contradictoria, hasta que se presentó ésta el 6 de julio de 2006.

En segundo término, se invoca nulidad de la tasación de valores realizada por la Administración, y de la tasación pericial contradictoria, por falta de motivación, por incurrir en errores materiales, por no quedar acreditado suficientemente el valor de mercado de la zona, por incurrir en reformatio in peius y por insuficiencia de motivación de la finca del patio de manzana, al no tener en cuenta las limitaciones que pesaban sobre el mismo.

Por último, se alega que el valor normal de mercado es inferior al que se recoge en la tasación pericial contradictoria, si se tiene en cuenta el estado físico en el que se encontraban las fincas, la información urbanística municipal, las valoraciones previas a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales efectuadas respecto de la primera transmisión en el año 1997 y ello en relación con el prin-

cipio de unicidad, los informes de tasación presentados por la parte, y la insuficiencia de la tasación pericial contradictoria para acreditar ese valor normal de mercado.

Tales pretensiones son rebatidas puntual y detalladamente de contrario por la representación procesal de la Administración del Estado, que como es legalmente preceptivo (art. 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), defiende la plena conformidad a derecho de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El análisis de las alegaciones formuladas por la parte recurrente exige parte de los hechos que constan acreditados.

En este sentido, el examen del expediente pone de manifiesto que con fecha 27 de octubre de 1997 los recurrentes, junto con otras personas, adquirieron de la mercantil Inmobiliaria Rimes S.A., una sexta parte indivisa de 5 fincas registrales, mediante Escritura pública otorgada ante el Notario Don Juan José Fernández Sáiz. Las fincas en concreto eran: 1º) un local de la planta baja de la casa número 3 de la Calle Camino Mirabueno, de 230 m<sup>2</sup>, con referencia catastral 2774426VM 4827S 0001, registral 7533; 2º) un local de la planta baja, mano derecha, de la casa número 8 de la Calle El Calvario, con una superficie aproximada de 81 m<sup>2</sup>, con referencia catastral 2774404VM 4827S 0001, registral 1.686; 3º) un local en planta baja, mano izquierda, de la casa número 8 de la Calle El Calvario con una superficie de 42 metros y 75 centímetros cuadrados, con un patio anejo de 3 metros de ancho por 20 de línea, de 60 m<sup>2</sup> con referencia catastral 2774404VM 4827S 0003, registral 1.690, en la escritura se hace constar que estaba destinado para paso particular de las propiedades colindantes por su parte posterior; 4º) un edificio almacén de dos plantas, sito en el interior de las Calles El Calvario y Camino Mirabueno con entrada a través de la casa número 8 y patio de pabellones interiores de la vendedora, con referencia catastral 2774427VM 4827S 0001, registral 13.691 y, 5º); un solar en el Camino Mirabueno, con referencia catastral 2774427VM 4827S 0001, registral 11.953. Destacar que las fincas 4º) y 5º) tienen la misma referencia catastral y están inscritas en el Registro de la Propiedad como separadas.

En dicha compraventa se hizo constar como precio de la transmisión 14 millones de pesetas. El valor declarado a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales fue comprobado por la Junta de Castilla y León fijando un valor total comprobado de 24.869.163 de pesetas.

Con fecha 7 de mayo de 1999, los anteriormente compradores transmitieron a Don Diego las citadas cinco fincas mediante Escritura pública otorgada ante el Notario Don Jesús Santamaría Villanueva, fijándose como valor de venta 24.000.000 de pesetas.

Con motivo de la declaración del IRPF del ejercicio 1999 en régimen de tributación conjunta, los recurrentes declararon una ganancia patrimonial generada en un período inferior a dos años derivadas de las anteriores compra y venta de 1.456.486 pesetas.

Con fecha 20 de febrero de 2003 se solicitó por el Jefe de la Dependencia de Inspección de Burgos al Jefe de la Dependencia Regional de Recursos Humanos, que por los servicios de Valoración de la AEAT se procediese a la valoración de las fincas, a efectos de determinar el valor de mercado de las mismas.

Con fecha 2 de abril de 2003 se emitieron informes de valoración que determinan un valor comprobado de 458.794.799 pesetas.

Con fecha 29 de abril de 2003 se notificó a los recurrentes el inicio de actuaciones inspectoras de carácter parcial respecto del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 1999.

El 14 de mayo de 2003 se extiende Diligencia de constancia de hechos, en la que se refleja la comparecencia del interesado, aportando diversa documentación, Informe de tasación de las fincas de 20 de julio de 2000, extracto de una cuenta bancaria NUM002 del 15 de octubre al 15 de diciembre de 1997 y apunte de 7 de mayo de 1999, orden de abono de un préstamo hipotecario de Caja Burgos, un contrato privado de compraventa de 1 de mayo de 1998, una Escritura de compraventa de 27 de octubre de 1997 y un acta de presencia de 28 de octubre de 1997.

Con fecha 20 de mayo de 2003 los Subinspectores actuarios elaboran Informe, en el que aplicando los valores resultantes de la comprobación de valores efectuada por los Técnicos, determinan una cuota tributaria de

33.530.996 pesetas, lo que ponen en conocimiento del Inspector-Jefe por si los hechos pudieran ser considerados delito fiscal, por la cuantía dejada de ingresar, considerando no obstante que no, al haber declarado de acuerdo con lo consignado en las Escrituras.

Previa resolución del Inspector-Jefe de la Unidad Regional Especial de Auxilio a la Justicia de 3 de junio de 2003, considerando no procedente la incoación de diligencias penales, con fecha 1 de julio de 2003 se da traslado a los interesados de las actuaciones para que efectúen alegaciones con carácter previo a la confección del acta.

Con fecha 11 de julio de 2003 se presentan alegaciones, a las que se acompaña un Informe de valoración del Arquitecto Técnico Luis Andrés, visado el 20 de julio de 2000, que fija el valor de los bienes en 14.000.000 de pesetas.

Con fecha 17 de julio de 2003 se extiende Acta de disconformidad en la que después de recoger el contenido de la autoliquidación presentada en su día por la recurrentes y los ajustes resultantes de la valoración de los bienes efectuada por los Técnicos de la Agencia Tributaria, determina una deuda tributaria de 239.099,50 euros de los que 201.525,34 e corresponden a cuota y 37.574,16 e a intereses de demora.

El Acta de inspección se acompañó del oportuno informe ampliatorio en el que pone de manifiesto las valoraciones realizadas por los Técnicos de la Administración y los fundamentos jurídicos en los que se basa la determinación de la ganancia patrimonial aplicada.

Presentadas alegaciones al Acta el 4 de agosto de 2003, con fecha 17 de diciembre de 2003, el Inspector Regional Adjunto dictó acuerdo de liquidación aprobando la propuesta de liquidación contenida en el Acta. Acuerdo que fue notificado a los recurrentes el 9 de enero de 2004.

Con fecha 22 de enero de 2004 los recurrentes presentaron escrito solicitando la tasación pericial contradictoria, y con ella la suspensión del plazo para ingresar la deuda reclamada y para recurrir contra la liquidación.

Junto con la solicitud de tasación pericial contradictoria, consta aportado informe pericial del Arquitecto Técnico Don Luis Andrés

que reproduce la descripción y características consideradas que contenía el visado en julio de 2000, observándose únicamente una rectificación de superficie de la finca número 5, un incremento de 10.000 pts/m<sup>2</sup> del coste de reposición bruto y neto, resultando un valor de mercado por comparación del 50.400 pts/m<sup>2</sup> frente a 35.000 fijadas con anterioridad. Asimismo para valorar las fincas 4 y 5 eleva el valor del suelo de 1.400 pts/m<sup>2</sup> a 4.300 pts/m<sup>2</sup>, asignando finalmente un valor total a las fincas de 24.055.000 pesetas (144.573,46 euros).

Con fecha 6 de julio de 2006 el Arquitecto designado como tercer perito Don Gerardo presentó cinco informes periciales, uno por cada finca, en los que primero identifica cada finca por los datos registrales, los linderos y la referencia catastral; luego indica la fecha a la que se refiere la valoración y la finalidad de la tasación, explicando a continuación la metodología de la valoración, indicando que obtiene los valores aplicados por el método de comparación, para seguidamente describir el inmueble como solar en patio de manzana o como local, según los casos, y concretar las superficies consideradas. A continuación efectúa una referencia a la normativa urbanística aplicada. En este sentido, aplica las previsiones del Plan General conocido como Delta Sur, sin tener en cuenta las previsiones de la revisión del PGOU que estando aprobado provisionalmente desde 1996 fue publicado en julio de 1999 tras su aprobación definitiva el 26 de mayo de 1999. En el siguiente apartado que titula cálculo del valor de mercado distingue según se trate de locales o de solares, en el caso de los primeros recoge tres muestras de locales, en tres calles próximas, sin identificar el local concreto al que hace referencia, indicando a continuación el precio medio en euros por metro cuadrado de local, mientras que, en el caso del solar, una vez que precisa que considera en principio el mejor y mayor uso entendiendo que es el de aparcamiento, lo que hace es comparar el precio de los aparcamientos en tres zonas distintas de la ciudad situadas en los extrarradios para fijar el precio medio de un aparcamiento, y sobre esa base obtener el valor de repercusión por metro cuadrado de parcela bruta para su uso de aparcamiento obteniendo un valor de repercusión de 105 e/m<sup>2</sup> que representa el

20% sobre el valor medio de venta. Finalmente, a los valores medios obtenidos aplica la superficie y obtiene la valoración. El resultado de las valoraciones del tercer perito asciende a 329.723,75 e.

Con base en esta valoración y dado el resultado de la misma y las diferencias con la valoración inicial de la Administración con fecha 7 de agosto de 2006 se dicta acuerdo de liquidación definitiva en el que se aplica una ganancia patrimonial imputable a los recurrentes de 39.086,23 euros y una deuda tributaria resultante de la liquidación de 11.849,29 euros de los cuales 8.898,25 e corresponden a cuota y 2.951,04 e a intereses de demora.

Notificada esta nueva liquidación se interpuso contra la misma reclamación económico-administrativa Nº NUM000 que fue desestimada por resolución del T.E.A.R. de 30 de mayo de 2007 que es objeto del presente recurso jurisdiccional.

Al formular la demanda los recurrentes aportan informe pericial elaborado por el Arquitecto Don Luis Pablo, en el que primero describe las cinco fincas, mediante su situación, el tipo (local comercial en planta baja, almacén derruido en dos plantas, o solar sin edificaciones, según casos), la superficie escriturada, la referencia catastral y la inscripción registral. Seguidamente recoge la situación urbanística, destacando como mientras los locales se pueden seguir manteniendo dicho uso, respecto de las fincas cuarta y quinta su situación dentro de un patio de manzana, dadas las previsiones del PGOU vigente en ese momento, no eran susceptibles de edificación en altura y el único uso posible era el de garaje con la exigencia de una cubierta superior de tierra de metro y medio de espesor. En el siguiente apartado recoge las superficies consideradas, en cada caso dando una explicación de las contradicciones y errores y justificando las consideradas. Seguidamente efectúa una serie de consideraciones respecto de las distintas valoraciones que obran en el expediente, así respecto de la comprobación de valores a efectos de transmisiones patrimoniales de la primera compraventa, poniendo de manifiesto el error de superficie de las dos fincas del patio interior, la falta de justificación de los valores unitarios empleados, y el alto valor asignado a la construcción de los locales comerciales

dado su estado de conservación, asignado una valoración manteniendo no obstante los valores unitarios empleados y corrigiendo la superficie de las fincas del patio interior.

En cuanto al informe de los Servicios Técnicos de valoración de la AEAT que sirvió de base a la liquidación originaria, se denuncian como errores, el alto valor unitario asignado a las fincas del patio interior, por considerar que las mismas son edificables en altura, se denuncia error de superficie de estas mismas fincas, error de cálculo del valor del local de 230 m<sup>2</sup>, la ausencia de justificación de los valores unitarios empleados, considerando elevados los valores unitarios de la construcción dado el estado de ruina o la carencia de elementos constructivos y la aplicación indebida del coeficiente de gastos de promoción y construcción.

En cuanto a la valoración aportada por los recurrentes al solicitar la tasación pericial contradictoria del Arquitecto Técnico Luis Andrés, únicamente se denuncia la no justificación de los valores de mercado empleados.

Respecto de la valoración del tercer perito, Don Gerardo en la tasación pericial contradictoria, denuncia como errores que las fincas utilizadas para comparación de precios de plazas de aparcamiento están situadas en barrios muy distantes del que nos ocupa, no se identifican los locales que sirven de base a los valores unitarios adoptados, no se aportan justificantes de los valores adoptados que se correspondan con transacciones efectivamente realizadas y no se aportan ni justifican las fechas de los valores unitarios.

Tras resumir los errores esenciales de los distintos informes, procede a realizar su valoración, indicando que para evitar subjetividades se emplean los módulos unitarios y coeficientes de valoración de la Conserjería de Economía y Hacienda de Castilla y León, que no aporta por considerar que están a disposición de los interesados en las oficinas o vía informática. A continuación recoge los coeficientes aplicables, con el valor numérico asignable a cada uno de ellos, sin especificar que circunstancias determinan ese dato numérico, ni en que medida son ponderadas esas circunstancias, debiéndose poner de manifiesto que en la relación no aparece el coeficiente J que luego sí que emplea y aplica con incidencias de reducción de valor como puede ser multiplicar

por 0,8 en los locales o 0,3 en las fincas del patio interior. Seguidamente, recogiendo las formulas de cálculo del valor de repercusión del suelo y de la construcción, va estableciendo el valor que considera para cada una de las fincas, diferenciando en las fincas del patio de manzana según el aprovechamiento que se de al mismo, como simple patio o con edificación en sótano, asignando más valor al primero de los usos que al segundo. Finalmente añade que el verdadero valor de mercado es el que se fija en la compraventa, y como en la escritura constan veinticuatro millones de pesetas, ese ha de considerarse, máxime teniendo en cuenta los documentos de pago que se aportan, cargos en cuentas y subrogaciones en hipotecas.

También se acompaña con la demanda un informe elaborado por un Agente de la propiedad inmobiliaria que previa identificación de las fincas y una vez concretadas las superficies consideradas, en especial respecto de la finca quinta o E, recoge un estudio de la localidad, entorno y área de influencia, concluyendo que se trata de un entorno urbano, consolidado, con bajo ritmo de desarrollo, residencial primera vivienda, de media o baja calidad de la edificación, con una antigüedad de 40-60 años con infraestructuras suficientes. Seguidamente recoge las características constructivas de los edificios en los que se encuentran las fincas, el estado de los locales muy deteriorados y sin instalaciones. Indica el aprovechamiento urbanístico del patio según el PGOU vigente al momento de la venta. Luego en lo que califica "caracterización del mercado" intenta determinar el valor unitario de los locales en la zona, aportando dos muestras de locales concretos de la zona vendidos, por el que arroja un precio medio de 304 e/m<sup>2</sup>, precio medio que no está lejos del fijado por el tercer perito dirimente de 360 e/m<sup>2</sup>, y tras descartar el uso del patio interior como aparcamiento y considerar un uso como anejo de almacén a los distintos locales, asigna a las fincas del patio interior un valor a tanto alzado de 48.000 euros a razón de 25 e/m<sup>2</sup>.

A instancias de la parte actora y previa designación en legal forma se ha practicado prueba pericial en esta instancia por el Arquitecto Don Matías, en el que después de hacer una introducción sobre documentación aportada y tenida en cuenta, pone de mani-

fiesto como hechos relevantes posteriores a la fecha de valoración, el cambio del PGOU y el aprovechamiento actual de los locales afectado por una cadena de supermercados. Además pone de manifiesto como es difícil conocer de operaciones similares en la zona dado el tiempo transcurrido, descartando posteriormente por remoto el posible aprovechamiento del subsuelo del patio para garaje, dando como razones la necesidad de vincular otras fincas cuando cada finca ha de valorarse individualmente sin necesidad de vincularla a las colindantes para darle valor, que uno de los locales se quedaría sin uso para dar salida al aparcamiento y que los trabajos de construcción serían dificultosos por el acceso al interior.

Seguidamente critica la valoración hecha por el perito dirimente Don Gerardo, remitiéndose a las críticas que respecto de la misma efectúa el perito Sr. Luis Pablo. A continuación y precisamente a propósito de la peritación hecha por este último, recoge los motivos por los que considera correcta la misma. Comenta, sin discutir, el resultado de la valoración hecha por el API aportada con la demanda y finalmente considera por remisión a la valoración del Sr. Luis Pablo que esa es la valoración adecuada.

Interesadas aclaraciones por el Sr. Abogado del Estado, en contestación a las mismas, se reconoce que el valor catastral de las fincas a fecha de la transmisión 1999 era de 306.357,14 euros. Se descarta nuevamente el aprovechamiento de garaje. No responde a las posibilidades que representa que todas las fincas se adquieran por una sola persona, con lo que se disminuyen las dificultades de vincular las fincas. Se dice que la reforma del PGOU no modifica sustancialmente las fincas y sus aprovechamientos aunque facilita grandemente su construcción, reconoce que las condiciones urbanísticas actuales son menos restrictivas que las anteriores, considera que los aprovechamientos actuales podrían estar fuera de ordenación y debidos a una valoración de las plantas bajas de la calle del Calvario como sótanos respecto de la Calle Camino Mirabueno, que haya sido aceptada por el Ayuntamiento.

TERCERO.- Con estos datos podemos pasar a analizar las alegaciones presentadas por la parte recurrente.

En primer término, se invoca la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria por caducidad del procedimiento inspector, al haber estado interrumpidas injustificadamente las actuaciones durante más de dos años, mientras se aportó el informe del perito dirimente en la tasación pericial contradictoria.

No obstante, tal alegación no puede prosperar, pues parte de un presupuesto inexacto, ya que existe una liquidación de la deuda por la Administración, liquidación cuya ejecución quedó suspendida por la solicitud de tasación pericial contradictoria formulada por el recurrente, con lo cual se produjo durante la tramitación de la tasación pericial contradictoria, una suspensión del plazo de prescripción del derecho de la Administración a exigir el pago de la deuda por causa legal.

En este sentido recordar como declara la sentencia de la Sala del TJSJ de Valencia de 20 de Noviembre de 2007 Recurso: 619/2006 Ponente: RAFAEL PEREZ NIETO que: "Como ha resaltado la mejor doctrina científica, la tasación parcial contradictoria constituye un medio de corrección de la valoración administrativa de los elementos integrantes de las bases tributarias, y si bien tradicionalmente se ha regulado dentro de los procedimientos de gestión tributaria o de inspección, su función está más próxima a la revisión administrativa, dada su clara naturaleza impugnatoria.

Establece el art. 52.2, primer párrafo, LGT (redacción de la Ley 31/1990) que "(e)l sujeto pasivo podrá en todo caso promover la tasación pericial contradictoria en corrección de los demás procedimientos de comprobación fiscal de valores señalados en el número anterior, dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente o, cuando así estuviera previsto, contra el acto de comprobación de valores debidamente notificado". La citada Ley 31/1990 introdujo una importante modificación a la redacción originaria del precepto consistente en señalar el plazo en el cual había de solicitarse necesariamente la tasación pericial contradictoria, y si es cierto que con anterioridad a la vigencia de dicha ley cabía que la tasación pericial contradictoria pudiera solicitarse en cualquier momento, incluso durante la reclamación



económica administrativa, sin embargo es igualmente cierto que la consecuencia de dicha petición suponía la suspensión de la reclamación y la devolución del expediente a la oficina gestora para que tramitase la tasación contradictoria.

Es claro, pues, que existe un único plazo tanto para solicitar la tasación como para la “primera reclamación” que proceda contra la liquidación. En ese plazo, el interesado puede optar por solicitar la tasación o por interponer reposición o reclamación económica administrativa, como medios de impugnación que en su favor hace disponer el Ordenamiento, aunque la virtualidad impugnatoria de la tasación parcial contradictoria se construya a la extensión de las bases tributarias delimitada por la Administración.”

En consecuencia, no cabe hablar de caducidad del procedimiento inspector, ni de prescripción del derecho de la Administración a liquidar el pago de la deuda, siendo la nueva liquidación una simple consecuencia de la tramitación de la pericial contradictoria.

CUARTO.— En cuanto a la denuncia de nulidad de la comprobación de valores llevada a cabo por los Servicios de Valoración de la Agencia Tributaria, carece de objeto, en la medida en que dicha valoración quedó sin efectividad como consecuencia de la práctica de la tasación pericial contradictoria y el resultado de la misma, con lo cual no sirviendo de base a la liquidación de la que trae causa el recurso, cualquier comentario sobre la misma huelga.

Por ello se ha de pasar a analizar las alegaciones que se formulan respecto de la pericial dirimente en la tasación pericial contradictoria, que es la que sirvió de base a la liquidación recurrida.

Sobre el alcance de la posible impugnación de la tasación pericial contradictoria, simplemente recordar la doctrina que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2000, Ponente, Sr. Gota Losada, cuando dice: Es innegable, que los Organos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo pueden revisar las actuaciones llevadas a cabo por la Administración Pública para la exacción de los tributos, y, dentro de ellas, las de comprobación de valores, y, por tanto, los expedientes de tasación pericial contradictoria, tramitados.

No hay peculiaridad, ni limitación alguna respecto de la revisión jurisdiccional del valor señalado mediante la tasación pericial contradictoria, de modo que los recurrentes pueden impugnar el valor señalado, y pueden por ello proponer la práctica de la prueba de peritos, y el Tribunal acordar que se realice en sede jurisdiccional, todo ello de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se aplican al proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74, apartado 4, de la Ley Jurisdiccional”.

Teniendo ello en cuenta, resulta que los recurrentes impugnan la valoración resultante de la tasación pericial contradictoria, diferenciando lo que pudieran considerarse deficiencias de método, de lo que son discrepancias de criterio de valoración.

Sin embargo, mientras las primeras pueden dar lugar por sí solas a la anulación de la valoración por insuficiencia de motivación, las segundas solo determinarían la anulación, en la medida en que mediante la prueba articulada al efecto puedan determinar distintos criterios y consecuencia de ello distinta valoración.

En primer término, se denuncian errores materiales en la descripción de las fincas, algo que se queda en mera alegación y carente de prueba. Véase que a este respecto ni siquiera los informes periciales aportados por los recurrentes denuncian esos errores. Téngase en cuenta que por la metodología de valoración, resulta suficiente la acreditación de la situación, el uso considerado y las superficies, datos que aparecen debidamente reflejados en dichas periciales dirimientes.

Se denuncia en segundo término la falta de prueba y acreditación de los valores medios utilizados y con ello la justificación de los mismos, pues no quedan identificadas las operaciones a las que se hace referencia, ni de las que se obtiene la información, con lo cual se parte de datos que no estarían acreditados y justificados, con independencia de su acierto y que no pueden servir de fundamento para motivar la valoración que se realiza. Como ya ha tenido ocasión de recoger con reiteración esta Sala en múltiples sentencias “En relación con los “precios medios” aducidos por el perito comprobante, la jurisprudencia advierte que no puede hacerse presumiendo la certeza de estos, sino que se requiere la justificación

de las razones de su formulación y de su aplicación a los bienes concretos, se debe especificar la forma en que se han tomado en consideración esas circunstancias, siempre claro está de un modo detallado (STS 3ª sec. 2ª de 12-11-1999, rec. 7816/1992). Esta misma sentencia concluye en el deber de los Peritos de la Administración de 1) comprobar en cada caso los bienes, 2) describirlos, 3) facilitar a los órganos administrativos y jurisdiccionales los antecedentes de hecho suficientes para admitir o rechazar las valoraciones. Realmente no se aparta la doctrina de la peritación tributaria de las normas generales a exigir en toda peritación. Es pues un método o protocolo de actuación universal. Por todo ello, mientras no se cumplan estas garantías, por desconocimiento de los datos e imposibilidad de analizar y contrastar la valoración, esta ha de rechazarse (STS de 7 de Mayo de 1998, de 30 de Mayo y 19 de Octubre de 1995).”

Es más, efectivamente en el cálculo del coste de los aparcamientos además de precios medios se emplea el método residual para determinar el valor del terreno, sin que se razonen y justifiquen los pasos y cantidades o porcentajes que se aplican.

Concurriría pues un defecto de motivación de latasación pericial contradictoria, defecto de motivación que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que resulta de sentencias del Tribunal Supremo, como son como la de 9 mayo 2003 remitiéndose a otras anteriores de 29 de diciembre de 1998, 7 de octubre de 2000 y 18 de enero de 2001, cuando declaran que: “la anulación de un acto administrativo no significa en absoluto que decaiga o se extinga el derecho de la Administración Tributaria a retrotraer actuaciones, y volver a actuar, pero ahora respetando las formas y garantías de los interesados.

En este sentido son aleccionadores los artículos 52 y 53 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo que disponen que, en el caso de nulidad de actuaciones, se dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites, cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad, y también que la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de adolezcan, preceptos que llevan claramente a la idea de

que los actos administrativos de valoración, faltos de motivación, son anulables, pero la Administración no sólo está facultada para dictar uno nuevo en sustitución del anulado, debidamente motivado, sino que esta obligada a ello, en defensa del interés público y de los derechos de su Hacienda.”

Ahora bien, esta retroacción solo será posible, si de la prueba desplegada en esta revisión jurisdiccional, no resulta acreditado debidamente el valor que debe ser tenido en cuenta en la liquidación del impuesto en cuestión. Por ello, habrá que analizar las pruebas aportadas por los recurrentes al efecto.

Se denuncia también dentro de este grupo de defectos, la existencia de reformatio in peius, por valorar dentro de la finca registral 1690 un patio interior de 60 m2 no tenidos en cuenta inicialmente por los técnicos de la AT. Alegación que no puede estimarse, desde el momento en que acreditada la realidad del dato tenido en cuenta, solo tendría efecto la interdicción de la reformatio in peius si el valor asignado a dicho inmueble fuese superior al tenido en cuenta con anterioridad, lo que no es el caso.

QUINTO.— Entrando a analizar el segundo grupo de motivos impugnatorios, que se refiere no tanto al método, como a criterios y datos tenidos en cuenta a la hora de realizar la valoración, se denuncia que no se ha tenido en cuenta la inaccesibilidad de la parcela del patio de manzana interior.

Alegación que no puede ser tenida en cuenta, en la medida en que consta acreditado como uno de los locales de la Calle el Calvario estaba precisamente destinado a servir de acceso a las instalaciones existentes con anterioridad en el patio interior.

Asimismo, se discrepa que se considere el aprovechamiento de edificaciones bajo rasante para aparcamiento. En este punto, se ha de recordar que los informes aportados por los recurrentes, todos ellos descartan este uso. Ahora bien, no niegan su posibilidad, y lo cierto es que la realidad de los hechos ha venido a demostrar, que era posible ese aprovechamiento, y su posibilidad se vio —en palabras del perito judicial— grandemente facilitada por la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, al eliminar —entre otras cosas— que la cubierta fuese con una capa de tierra fértil para jardines.

Modificación que no era una mera hipótesis, sino que a la fecha de la compraventa mayo de 1999 era una realidad, después de las previsiones iniciales del Plan y las objeciones puestas al mismo, de sobra conocidas por los compradores, muchos de ellos técnicos especializados en construcción y urbanismo, como pone de manifiesto el Sr. Abogado del Estado. No se trata pues de valorar meras expectativas, sino previsiones reales existentes, que se deben tener en cuenta cuando el uso no se impedía con anterioridad.

SEXTO.—Dicho esto, teniendo en cuenta que de acuerdo con las previsiones de la Ley 40/1998 del IRPF conforme al art. 31. 1. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos. Por su parte el 32.1 dice: "El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales.

Y el art. 33.3 precisa que "El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos a que se refiere la letra b) del apartado 1 en cuanto resulten satisfechos por el transmitente.

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste.

De la lectura de este último apartado, decaen todas las alegaciones que formula el recurrente sobre que el valor de mercado a tener en cuenta es el que resulta justificado como satisfecho según las escrituras y los documentos acompañados, pues precisamente lo que se pretende demostrar por la Administración, es que el importe que se dice satisfecho, era inferior al normal de mercado y es éste el que había de tenerse en cuenta.

Habrà pues que pasar a analizar si de la prueba desplegada en esta revisión jurisdiccional, resulta acreditado debidamente el valor que debe ser tenido en cuenta en la liquidación del impuesto en cuestión, es decir, si el valor

declarado se ajusta o es superior al normal de mercado.

Para ello habrá que analizar las pruebas aportadas por los recurrentes al efecto, y el análisis de estas pruebas exige tener en cuenta lo ya manifestado anteriormente sobre que efectivamente se ha de tener en cuenta el aprovechamiento de aparcamiento considerado por el perito dirimente. Dicho lo cual, en la medida en que toda la prueba articulada por los recurrentes descarta ese aprovechamiento, no sirve para demostrar cual es el valor normal de mercado de los bienes.

Pero es que además resulta que el perito judicial se remite y da por buena la valoración realizada por el Sr. Luis Pablo, cuando resulta que respecto de la misma se puede mantener el criterio que ya ha reiterado esta Sala respecto de valoraciones de la Junta de Castilla y León, que se consideran no motivadas porque no se documentan los valores unitarios que se emplean, no se aportan los cuadros generales de cada coeficiente en los que se justifican las circunstancias que motiva la aplicación cuantitativa de cada coeficientes, se emplean coeficientes como el J que se ignora porqué, con lo que nos encontramos que la valoración que ratifica el perito judicial carece de motivación, y el perito judicial no subsana las deficiencias de la misma, por lo que no puede servir de base para determinar el valor normal de mercado del bien.

SÉPTIMO.—Consecuencia de lo expuesto es que no habiéndose acreditado por el recurrente que el valor declarado es superior o igual al normal de mercado, conforme se razonó anteriormente, habrá que acordar la retroacción del expediente para que por el perito dirimente de la tasación pericial contradictoria, se subsanen los defectos de motivación denunciados, se documenten adecuadamente los valores medios utilizados y los cálculos y razones de ciencia del valor residual aplicado en el caso del cálculo del valor del aprovechamiento como aparcamiento de las fincas del patio de manzana.

ÚLTIMO.—No se aprecian causas o motivos que justifiquen una especial imposición de costas, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de

lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

#### FALLO

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Agustín y Doña Margarita representados por el Procurador Don Jesús Miguel Prieto Casado y defendidos por el Letrado Don Javier Alonso Duran, contra la resolución que se describe en el encabezamiento de la presente sentencia, que se anula por contraria a derecho, acordando retrotraer las actuaciones a fin de que por el perito dirimente se subsane la falta de motivación del informe, conforme se señala en el Fundamento Jurídico Séptimo de la presente resolución.

2. Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo en el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. La primera actualización automática del valor de las indemnizaciones fijadas en el baremo por accidentes de circulación es la correspondiente a 1 de enero de 1996. Mora de la aseguradora: inexistencia de causa justificada en el impago de la indemnización

■ **Fecha:** 12/03/2009 - **Jurisdicción:** Civil - **Origen:** Tribunal Supremo - **Tipo Resolución:** Sentencia - **Ponente:** JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (Tol 1474908)

#### ENCABEZAMIENTO

Número de Resolución: 158/2009  
Número de Recurso: 885/2004  
Procedimiento: Casación

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 885/2004, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Aegón, Unión Aseguradora S.A, aquí representada por el Procurador Don Antonio Angel Sánchez-Jauregui Alcalde, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo nº 148/2002 por

Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Organo de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.—Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Sra. GARCÍA VICARIO, en la sesión pública de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a veintisiete de febrero de dos mil nueve, de que yo el Secretario de Sala, certifico.

la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 21 de noviembre de 2002, dimanante del procedimiento de juicio verbal nº 459/2001 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de A Coruña. Habiendo comparecido en calidad de recurrida el Procurador Don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación de Doña María Inés.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña dictó sentencia de 31 de enero de 2002, en el juicio verbal civil n.º 459/2001, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta el Procurador Sr. Castro Bugallo en la representación de D<sup>a</sup> María Inés, con-

deno a Aegon, S. A. a pagar a la actora las siguientes cantidades:

»3 737 477 pts. (22 462,69 euros) por días de baja y hospitalización.

»5 538 720 pts. (33 288,38 euros) por secuelas.

»5 000 000 pts. (30 050,61 euros) por incapacidad absoluta.

»500 000 pts. (3 005,06 euros) para adaptación de la vivienda.

»El importe de los gastos que se acrediten en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

»Será aplicable a la aseguradora el interés previsto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

»Se absuelve al Consorcio de Compensación de Seguros de las pretensiones ejercitadas.

»No se hace imposición de costas».

SEGUNDO.— La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

»Primero. De lo actuado y prueba al efecto practicada fundamentalmente el atestado de la Guardia Civil y el testimonio del Sr. Íñigo) se desprende que la causa única y directa de la colisión fue el comportamiento descuidado de este último, que perdió el control de su vehículo Seat Toledo, matrícula Y-....-YM, en el que viajaba como acompañante su esposa D.ª María Inés, al salirse por el margen derecho de la calzada hasta colisionar contra un ribazo de tierra. La posible concurrencia de culpa de un supuesto motorista se descarta desde el momento en que su intervención solo resulta de la declaración autoexculpatoria (y por eso mismo poco creíble) realizada ante los agentes de la Guardia Civil por el Sr. Íñigo (folio 17) sin que en el atestado se consigne vestigios o datos objetivos de esa supuesta intervención. En cualquier caso resulta esclarecedor el testimonio que presta en autos Don. Íñigo (folio 243), pues reconoce, frente a lo manifestado ante los agentes de tráfico, que el supuesto ciclomotor no llegó a invadir el carril por el que circulaba el declarante (contestación pregunta 2.ª) y finalmente, al contestar a la pregunta tercera afirma que el accidente ocurrió porque le derrapó el vehículo, y no a causa de la maniobra evasiva para evitar al supuesto ciclomotor.

»En consecuencia, de lo indicado se desprende la responsabilidad del conductor del turismo (art. 1902 del CC) y, por ende de la aseguradora (art. 76 de la LCS) y absolución del Consorcio Compensación de Seguros.

»Segundo. [...]

»Tercero. Por lo que se refiere al Baremo aplicable, se estima más adecuada la doctrina que establece que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se liquide el importe en ejecución de sentencia, que no podrá exceder, por respeto al principio de congruencia, de la que el demandante haya fijado en el suplico de su demanda". (STS 23-5-91, 26-10-87 y 4-2-92).

»La regla de actualización automática anual del Baremo confirma esta doctrina al introducir criterios automáticos de actualización que mantienen vigente el carácter de la deuda rescarible como deuda de valor. No hay, por otro lado, incompatibilidad entre la aplicación del Baremo conforme a la fecha del escrito rector y la aplicación del interés del art. 20 LCS, pues uno determina la deuda valor facilitando su satisfacción; el otro concreta los daños y perjuicios derivados del impago durante el tiempo en que el deudor incurre en retraso legalmente sancionable.

»En consecuencia, los valores barimétricos a tener en cuenta para cuantificar la indemnización serían los concurrentes a la fecha de la demanda (pues es cuando el daño se conoce en todo su alcance y se procede por el interesado a su liquidación) y no los de la fecha del siniestro.

»Cuarto. De acuerdo con lo razonado en el anterior fundamento y de sus aplicando el Baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor de 8 noviembre 1995, en las cuantías fijadas para 1999 por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de fecha 22 de febrero de 1999 y para 2000 por Resolución de fecha 2 de marzo de 2000, resultan los siguientes valores: Por cada día de los 153 de hospitalización la suma de 8 561 pts. lo que arroja un importe de 1 309 833 pts. Por cada uno de los 349

días de incapacidad el importe de 6 556 pts. sumando el total 2 427 644 pts. Respecto de las secuelas corresponde, atendida la edad de la lesionada un valor por punto de 125 880 pts. que multiplicado por 44 arroja la suma 5 538 720 pts.

»Quinto. Se solicita como indemnización por la incapacidad absoluta de la demandante por sus ocupaciones habituales, con necesidad de asistencia de una tercera persona, atendida su edad y el grado de incapacidad, la suma de 20 000 000 pts.

[...] En la Tabla IV del Baremo, relativa a los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, está prevista una indemnización máxima por este concepto de 45 690 565 pts. En este caso, tomando en cuenta la avanzada edad de la lesionada y que las lesiones derivadas del accidente no son la causa única ni las más importante de la situación de invalidez se fija la indemnización por este concepto en 5 000 000 pts.

»Sexto. Se reclama la suma de 5 000 000 pts. en concepto de adecuación de vivienda. En la Tabla IV del Baremo está prevista esta partida, atendidas las características de la vivienda y las necesidades del incapacitado. Del informe médico emitido por el Dr. Alberto resulta que la demandante vive en un piso con ascensor y sin barreras arquitectónicas, si bien al tener que usar silla de ruedas entiende necesario dotar a las puertas del ancho necesario, así como al baño de suelo antideslizante e instalar una bañera adaptada. Atendiendo a estas circunstancias y las expuestas en el fundamento anterior en el sentido de que las lesiones derivadas del accidente no son la causa única de la situación de invalidez, se fija la indemnización por este concepto en 500 000 pts.

»Se rechaza la pretensión indemnizatoria relativa al rescaramiento de los perjuicios morales defamiliares, porque la demandante carece de legitimación para reclamarla.

»Séptimo. Finalmente se reclama el importe de 1 407 795 pts. en concepto de diversos gastos que se tratan de acreditar mediante las facturas y recibos que se acompañan a la demanda. Sin embargo, la resolución sobre esta pretensión, y con el límite cuantitativo expresado, ha de diferirse para el trámite de ejecución de sentencia, previa determi-

nación por la demandante de los concretos conceptos reclamados, pues la Sra. María Inés reconoce que Aegon abonó diversos gastos adelantándole la suma de 2 000 000 de pts. sin especificar a qué conceptos se imputo el pago.

»Octavo. Del pago de las cantidades en que resulta la condena será responsable la entidad Aegon, y a la misma será aplicable el interés previsto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en la redacción dada por la Disposición Adicional tercera de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados.

»Noveno. Al estimarse parcialmente la demanda no se hace condena en costas conforme al art. 523 de la LEC ».

TERCERO.— La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia de 21 de noviembre de 2002 en el rollo de apelación n.º 148/2002, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimando los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de A Coruña, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición a las partes apeladas de las costas causadas en esta segunda instancia».

CUARTO.— La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Se aceptan los de la resolución recurrida y,

»Primero. Contra la sentencia dictada en primera instancia se interponen sendos recursos de apelación que serán analizados de forma conjunta en esta alzada.

»Lo primero que debemos de analizar es la responsabilidad del conductor del vehículo [...] »Segundo. Se cuestiona, asimismo, el baremo de la Ley de 1995 de Ordenación del Seguro Privado que ha de ser aplicado a la hora de fijar el quantum indemnizatorio; la compañía aseguradora apelante incide en que ha de estarse a lo publicado en la fecha del siniestro, esto es, el correspondiente al año 1998, al suceder el accidente el día 27 de junio; el juez a quo opta por aplicar el de la fecha de la demanda. En este concreto punto, esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse en sentencias, entre otras, de 16 de marzo de 2001, siguiendo el criterio fijado de acuerdo con el parecer de las otras

cuatro Secciones de esta Audiencia Provincial, viene sosteniendo que la indemnización reclamada tiene naturaleza de deuda de valor, no dineraria, por lo que para fijar el quantum indemnizatorio ha de tenerse en cuenta no la fecha en que se produjo el siniestro, sino la fecha en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, para que esta restablezca en lo posible, la situación económica al momento de producirse el hecho generador del daño indemnizable, es decir, habrá que estar al baremo publicado a la fecha de dictarse la sentencia de primera instancia. Pese a lo expuesto, la sentencia en este punto no puede ser modificada, por la sencilla razón de que el perjudicado, al apelarla, no ha hecho referencia alguna al baremo que le debía ser aplicado, no pudiendo modificarla sin contradecir el principio dispositivo.

»Tercero. En otro orden de cosas, para una correcta valoración de las secuelas que padece la Sra. María Inés a resultas del accidente [...]. Consideramos pues, teniendo en cuenta estas circunstancias que la sentencia en este punto ha de ser confirmada.

»Coinciden las partes apelantes a la hora de mostrar su disconformidad con la cantidad concedida por el juez a quo en concepto de incapacidad permanente absoluta que se fija en 5 000 000 pts. [...] En definitiva, el estado en el que se encuentra la actora es consecuencia de la conjunción de distintos factores, concausales, el accidente ha sido una causa más en la producción del estado actual de la lesionada y a la postre el desenfadente final.

»Cuarto. La cantidad concedida por el juez a quo en concepto de adecuación de vivienda a la situación en la que, actualmente, se encuentra la actora ha de ser mantenida en esta alzada. Lógicamente, la necesidad de desplazarse en una silla de ruedas, conlleva la adaptación del tamaño de las puertas de su vivienda a esta circunstancia, así como colocar un suelo antideslizante, adaptar la bañera, adquisición de una cama articulada, etc.

»El piso donde actualmente habita dispone de ascensor y carece de barreras arquitectónicas; a juicio del perito, no es necesario realizar obra civil en el edificio. No se ha aportado ningún presupuesto o factura de

obras proyectadas o ejecutadas que justifique la concesión de una cantidad mayor.

»En cuanto a la aplicación de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS no hay ninguna razón que justifique su inaplicación, pues la aseguradora no ha cumplido el deber de indemnizar los daños dentro de los tres meses siguientes al siniestro. Es cierto que ha asumido, parcialmente, el pago por distintos conceptos, cantidad que, como es lógico, se deducirá de la indemnización total a percibir por la perjudicada, tal como se razona en la sentencia apelada.

»Quinto. Al ser desestimados los recursos de apelación, han de ser impuestas a las recurrentes las costas causadas en esta segunda instancia».

QUINTO.— En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Aegon, Unión Aseguradora, S. A., se formulan el siguiente motivo de casación:

Motivo primero y único.

Apartado primero. «Al amparo del art. 477.1 LEC 1/2000 por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor al inaplicar las cuantías resultantes en la fecha de siniestro.»

Dicho apartado se funda, en resumen en lo siguiente:

Impugna la argumentación jurídica contenida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña según el cual las indemnizaciones reguladas en el Anexo de la LRCSVM han de calcularse con arreglo a la fecha en que recaiga la definitiva condena a la reparación (o, en su caso, si así lo solicita la actora en a la fecha de presentación de la demanda) y no a la fecha del accidente por considerarse que estamos ante una deuda de valor.

El tema que presenta interés casacional es qué cuantías del Anexo de la LRCSVM ha de aplicarse para cuantificar los daños personales derivados de un siniestro de automóvil. Las cuantías del Baremo de la fecha del siniestro, las vigentes a la fecha de la sentencia de instancia o, incluso, las vigentes a la fecha

de la liquidación de la indemnización en fase de ejecución.

La tesis de la sentencia recurrida es seguida por otras dos sentencias firmes de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2000 y 2 de junio de 2001.

Dicha tesis es contraria a lo establecido en el Anexo de la LRCSVM y en dos sentencias firmes de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de junio de 2000, Sección 1.ª y de 9 de octubre de 2000, Sección 4.ª que aplican el baremo a la fecha del siniestro.

Laratio decidendi de dichas sentencias es que el criterio primero 3 del Anexo de la LRCSVM establece que «a los efectos de la aplicación de las tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente».

La finalidad del concepto de las deudas de valor es evitar la pérdida de poder adquisitivo del perjudicado por el transcurso del tiempo y tal finalidad se obtiene por la aplicación de los intereses de demora, en su caso, del art. 20 LCS. De aplicarse el Baremo no a la fecha de siniestro sino a la fecha de la resolución judicial se produciría una duplicidad indemnizatoria, una doble revalorización del daño que daría lugar a un enriquecimiento injusto.

La fijación de las cuantías indemnizatorias según el baremo vigente en el momento de su determinación y no al vigente en el momento de la producción del siniestro choca con la finalidad perseguida por el establecimiento de un sistema para la valoración de los daños y perjuicios; la cuantificación legal del daño causado —como pone de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 30/1995— pretende la evitación de litigios pues la perspectiva de obtener un mayor importe indemnizatorio podría dar lugar a una dilación voluntaria del proceso—dilatando al máximo la presentación de la demanda o provocando sucesivas dilaciones o suspensiones del juicio.

La fijación de las cuantías indemnizatorias al baremo vigente en el momento del siniestro lo exige el principio general sobre irretroactividad de las normas aplicable salvo disposición expresa en contra no recogida en la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, instauradora del Baremo ni en las resoluciones actualizadoras posteriores.

Es más acorde con el principio de seguridad jurídica que se vería contrariado si se

diera efecto retroactivo a disposiciones que en puridad no lo tienen y finalmente porque las mismas disposiciones así lo establecen.

Las deudas de valor engendran por sí una inseguridad en el tráfico mercantil y jurídico que solo puede ser aceptado cuando expresamente lo imponga la ley ó en casos absolutamente excepcionales cuando la ley por otra vía no protege los derechos del damnificado, cosa que aquí no acontece.

No puede hacerse depender la cuantía de la indemnización de la mayor o menor eficacia o celeridad con que se tramiten los procedimientos en los Juzgados y la desigualdad consiguiente que puede producirse incluso para accidentes ocurridos en la misma fecha.

Criterios a favor de la aplicación del baremo vigente en la fecha de la sentencia de instancia o a la fecha de liquidación de la indemnización. Siguen este criterio las SSAP de Madrid de 22 de enero de 2000 (Sección 10.ª) y 2 de junio de 2001 (Sección 1.ª) así como la sentencia recurrida en interés casacional.

La ratio decidendi de las mismas es que estamos ante deudas de valor. El Anexo primero 10 de la LRCSVM declara la actualización anual de la cuantía de las indemnizaciones y se logra la plena y efectiva reparación del perjudicado porque la cuantía que percibe se corresponde con el valor de la indemnización en ese momento.

Al estimar tanto la sentencia recurrida como las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Madrid que el quantum indemnizatorio ha de calcularse respecto al Baremo a la fecha la sentencia de primera instancia (salvo que se solicite por la parte actora en virtud del principio de congruencia la aplicación del Baremo a la fecha de presentación de la demanda) esta tesis es contraria a la sostenida por las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra citadas que consideran que el Baremo que ha de aplicarse para el cálculo de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación es el de la fecha del siniestro.

Apartado segundo. «Al amparo del art. 477.1 LEC 1/2000 por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido por inaplicación el art. 20.8 LCS en relación con la disposición adicional de la LRCSVM.»

Dicho apartado se funda, en resumen en lo siguiente:

Denuncia la inaplicación del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro cuya regla octava establece que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo este fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

La sentencia recurrida en su fundamento de derecho cuarto impone a la recurrente los intereses de demora previstos en el art. 20 LCS al estimar que no hay ninguna razón que justifique su inaplicación, pues la aseguradora no ha cumplido el deber de indemnizar los daños dentro de los tres meses siguientes al siniestro.

La disposición adicional de la LRSCVM remite la regulación de la mora del asegurador a lo preceptuado en el art. 20 LCS.

Se recurre la conclusión alcanzada por el tribunal a quo, pues no concurren los elementos necesarios para la imposición de los intereses de demora del art. 20 LCS ya que existe una «causa justificada» que exime de tal imposición de acuerdo al apartado 8 del referido artículo.

La tesis de la Audiencia es contraria al art. 20.8 LCS y vulnera la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, así, las sentencias de 4 de noviembre de 1996 y de 5 de diciembre de 1996.

La no consignación por Aegon del importe mínimo en el plazo de 3 meses desde la comunicación del siniestro obedeció a una causa justificada cual era la no imputación de responsabilidad al conductor asegurado en Aegon en la causación del accidente.

Esta «causa justificada» se encontraba avalada por la indeterminación de las causas del siniestro y, por tanto, de la responsabilidad. Así el atestado de la Guardia Civil de Tráfico de Ferrol estableció como causa del accidente «invadir la mitad izquierda de la calzada el supuesto ciclomotor que hace referencia el conductor del turismo Seat Toledo, lo que hace que este efectúe una maniobra evasiva tendente a evitar una colisión, no obstante, se observa en el conductor del Seat Toledo que circulaba a una velocidad inadecuada para el trazado estrecho y configuración de la calzada...». Igualmente se reseña por la

Guardia Civil que: «No se observan huellas de frenada, fricción ni derrape...». Según la declaración del conductor del vehículo Don. Íñigo prestada inmediatamente después de ocurrir el siniestro ante los agentes de la Guardia Civil encargados de incoar el atestado, «el ciclomotor que circulaba en sentido contrario se iba metiendo paulatinamente en su carril derecho y su conductor distraído miraba hacia los montes del margen derecho de la calzada, ante tal circunstancia y para evitar una colisión contra el ciclomotor se echo un poco hacia la derecha...». De acuerdo a los datos objetivos que constan en el atestado de la Guardia Civil relativos a las características de la vía, hora del accidente, punto de salida y colisión, es un hecho palmario que el vehículo asegurado se sale de la vía en un tramo recto en condiciones climatológicas favorables con buena visibilidad y firme de aglomerado asfáltico en buen estado de conservación.

Por todo ello, la versión del conductor del vehículo asegurado inmediatamente después de ocurrido el siniestro, era creíble y lógica.

D.<sup>ª</sup> María Inés demandó a Aegon y al Consorcio de Compensación de Seguros ante la discrepancia existente entre las partes.

A la vista de la libre valoración de la prueba practicada por el órgano judicial se ha podido determinar que el accidente se produce por la culpa del conductor asegurado. Pero ha sido necesario acudir a los Tribunales para determinar la imputación de responsabilidad.

Otro dato acreditativo de la indebida inaplicación del art. 20.8 LCS, es el hecho de que la demanda fue estimada parcialmente por el Juzgador a quo con lo que parte de los motivos oposición alegados por Aegon fueron estimados.

La resolución recurrida interpreta el art. 20 LCS en el sentido de que la falta de pago de la indemnización durante los tres meses posteriores al siniestro determina automáticamente la imposición de los intereses moratorios, ignorando la existencia de «causa justificada» ex art. 20.8 LCS.

Igualmente, la sentencia recurrida vulnera la doctrina de las SSTS de 4 de noviembre de 1996 y de 5 de diciembre de 1996.

Según la citada STS de 4 de noviembre 1996 para aplicar las consecuencias del art. 20 LCS se precisa que el impago transcurrido el plazo de tres meses ha de ser por causa no

justificada o que fuera imputable a la aseguradora y esa justificación y falta de imputabilidad en la realización del pago dentro del plazo referido existe cuando la determinación de la causa (culposa a no) de la producción del siniestro y, en consecuencia, la exacta cantidad a abonar por vía de la indemnización ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional competente ante la discrepancia existente entre las partes al respecto.

La citada STS de 5 de diciembre de 1996 establece que la normativa de los arts. 20 y 38.9 LCS esta afectada por el principio in illiquidis non fit mora; o sea cuando la cantidad a indemnizar no está fijada contractualmente y la misma no tiene el carácter de inatacable será precisa una determinación previa cuantitativa por el correspondiente órgano jurisdiccional en su adecuado y exacto alcance a través de una sentencia inatacable y ese, es el momento cuando pueda surgir la mora determinante del abono de interés.

Estas sentencias del Tribunal Supremo consolidan la tesis de que siempre hay que examinar la conducta de la aseguradora para apreciar si existe o no mora y que no existe mora cuando la responsabilidad es dudosa y ha de determinarse por el órgano judicial.

En la resolución recurrida se imponen los intereses de demora del art. 20 LCS aunque la responsabilidad no está clara y fue necesario acudir a los tribunales para dirimir la responsabilidad en la causación del siniestro. Además, se produjo una estimación parcial de la demanda; por tanto, la sentencia recurrida es contraria a las citadas sentencias del Tribunal Supremo que consideran que conforme al art. 20.8 LCS existe causa justificada para la no imposición de intereses de demora a la aseguradora cuando la determinación de la causa y responsabilidad del siniestro y, en consecuencia, la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización ha sido efectuada por el órgano jurisdiccional.

Termina solicitando de la Sala que admita a trámite el recurso y en su momento dicte sentencia estimando el motivo en ambos apartados y casando la sentencia de apelación resuelva sobre el caso declarando que:

1.º Respecto a la inaplicación del Anexo de la LRSCVM a la fecha del siniestro, la misma es contraria a la doctrina jurisprudencial citada y que por tanto las cuantías indemnizatorias

concedidas han de calcularse de acuerdo al Baremo de la fecha de siniestro -1998-.

2.º Respecto a la inaplicación del art. 20.8 LCS, la misma es contraria a la doctrina jurisprudencial citada del Tribunal Supremo y que por tanto al existir «causa justificada» las cantidades concedidas no devengaran el interés de demora establecido en el art. 20 LCS.

Todo ello con imposición de las costas de las instancias a la parte demandada conforme a las reglas generales, y en cuanto a las del recurso, conforme a los arts. 398 y 481 LEC.

SEXTO.- La preparación del recurso de casación fue denegada por auto de la Audiencia Provincial de 20 de enero de 2003. Interpuesto recurso de reposición contra el anterior auto, fue desestimado por auto 18 de julio de 2003. Finalmente, esta Sala estimó el recurso de queja mediante ATS de 20 de enero de 2004.

Subsanado por la parte recurrente el defecto consistente en la falta de aportación de la certificación comprensiva de la firmeza de las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas en el escrito de preparación, que acreditan el interés casacional alegado, el recurso de casación fue admitido por ATS de 22 de enero de 2008.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D.<sup>ª</sup> María Inés se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Sostiene que con arreglo a la DT de la Ley 1/2000 el recurso no debió ser admitido, pues la aplicación de la nueva ley sólo se prevé en la DT primera a partir de la sentencia, es decir, para la ejecución de la misma.

Subsidiariamente, debería haberse inadmitido el segundo de los motivos referido a la infracción del art. 20 LCS, por no concurrir respecto el interés casacional, pues se citan y aportan dos SSTS una de 4 de noviembre de 1996 y otra de 5 de diciembre de 1996 que no tienen nada que ver con el caso que nos ocupa, no se refieren a un accidente de tráfico en el que la imposición de intereses por mora tiene una regulación especial en la LRSCVM que exige una diligencia mayor en las aseguradoras a la hora de indemnizar a los lesionados precisamente por el gran



número y la trascendencia social que tienen los accidentes de tráfico.

Al primer motivo.

Debe ser rechazado, pues no cabe aplicar las cuantías indemnizatorias a la fecha del siniestro, cuestión ya resuelta por las SSTS de 17 de abril de 2007.

La STS de 17 de abril de 2007 resuelve el recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, rollo de apelación núm. 377/00, según al cual puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El art. 1.2 y el nº 3 del párrafo 1º del anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y con independencia de que la reclamación sea o no judicial. Y declara como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

En igual sentido otra STS de la misma fecha que resuelve el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, rollo de apelación núm. 157/2002.

En el presente caso se ha cumplido con la doctrina de estas sentencias, pues aunque el

accidente acontece en 1998, el alta médica definitiva no se produce hasta el año 2000, siendo este el baremo aplicado por las sentencias. En el año 2000 es cuando la lesionada recibe el alta médica definitiva y conoce el verdadero alcance de sus lesiones. Así según el informe del Dr. Juan Pablo de 6 de junio de 2000, tras el alta de Traumatología el 11-11-1999, comienza con rehabilitación en su domicilio por el Gabinete Kinesis y tras la mala evolución de sus lesiones acude al Reumatólogo el 24 de febrero de 2000 que le diagnostica coxartrosis de la cadera derecha con dolor generalizado osteo-articular, impotencia funcional. En el estudio radiológico se confirma la existencia de una osteopenia severa, aplastamientos vertebrales en columna dorso-lumbar y fractura de la rama isquiopúbica destacando en la analítica la presencia de elevaciones de las fosfatasas alcalinas y aumento de la calcemia con cifras normales de la PTH. Véanse igualmente las facturas de ambulancias del Carmen de traslado de su domicilio (en la C/Venezuela 8 de Ferrol al Hospital General el 1 de febrero de 2000 por importe de 4 000 pts. El traslado en taxi (4 servicios) desde su domicilio al Hospital General de Ferrol el 15 de febrero de 2000 por importe de 2 600 pts. Factura del Laboratorio Clínico de D. Ángel Jesús de 10 de enero de 2000, por importe de 17 500 pts. Factura de radiografías del Hospital General de Ferrol «Juan Cardona» de 1 de febrero de 2000, por importe de 6 600 pts. Factura de análisis clínicos del mismo Hospital de 15 de febrero de 2000 por importe de 8 710 pts.).

Existen dos posturas sobre esta cuestión, una que estima que la indemnización es una deuda de valor (mantenida por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas); otra, que considera que la pérdida de poder adquisitivo estaría compensada por la aplicación de los intereses por mora y, por tanto, aplican las cuantías de la fecha del siniestro.

La doctrina que considera que es una deuda de valor garantiza la completa indemnidad del lesionado. Esta doctrina es la más justa y equitativa por ajustar la indemnización al momento en que la recibe el perjudicado adaptándose a las variaciones que haya experimentado el coste de la vida. El perjudicado recibirá justamente lo que le corresponde en

ese momento con independencia de que la aseguradora haya tardado en indemnizarle y con independencia de la fecha del siniestro. Si el IPC sube se compensa al perjudicado con esa subida pero si bajase también se reduciría su indemnización de conformidad con la bajada del IPC.

La aplicación de la doctrina de la deuda de valor supone que la aseguradora no entrega más de lo que tenía que entregar, sino justo lo que tenía que entregar pero actualizado conforme al IPC. Si entregara la cantidad nominal que debía recibir a la fecha del siniestro estaríamos ante una situación injusta, porque el perjudicado sufre una merma al no significar lo mismo el dinero que recibe en este momento con respecto a la fecha del siniestro; y existe un claro enriquecimiento injusto para la aseguradora que, mientras ha transcurrido el tiempo, ha tenido en su poder el dinero obteniendo el consiguiente rendimiento, con lo cual al entregar la misma cantidad nominal que tenía que entregar hace uno o más años se beneficia con los intereses o beneficios que ese dinero le ha reportado durante ese periodo de tiempo.

La otra doctrina jurisprudencial que pugna como argumento básico que la subida del IPC se compensaría con los intereses por mora es una doctrina que no puede perdurar en el tiempo, pues no se adapta convenientemente a los avatares que puedan surgir en nuestra economía, con lo cual seguramente habrá que cambiar de opinión en el supuesto de que las variaciones del IPC puedan volver a ser como hace no tantos años que superaba el 20% anual.

Existen claros argumentos en contra de esta doctrina que mezcla dos conceptos distintos el de la actualización y el de los intereses por mora. Una cosa es la necesaria actualización de la cantidad a percibir y otra muy distinta son los intereses que como sanción se imponen a la aseguradora reticente al pago de la indemnización. Los intereses por mora se imponen como sanción lo que no parece acorde con los dictados de la Ley es que se reduzca dicha sanción compensándola con el incremento del IPC.

Según la Ley si la aseguradora no indemniza o consigna la cantidad adeudada devengará el interés legal incrementado en un 50% (siempre que no hayan transcurrido

más de dos años desde la fecha del accidente). La sanción que se impone a la aseguradora es la de abonar actualmente un 7,5 % anual. Pero si ha dicho interés le restamos el IPC anual que actualmente se sitúa en el 4,5 %, resulta que en contra de los dictados de la Ley la sanción por mora que se impone no es del 7,5 %, sino de este interés menos el 4,5 % de IPC que se estaría ahorrando la aseguradora, con lo que nos quedaríamos en un 3%. Pero si a ello le añadimos que actualmente una simple cuenta a plazo de un particular puede obtener unos intereses fijos de entre un 4,5% a un 5%, la aseguradora no consignando viene a ganarse entre 1,5% a un 2%. Por un lado tendríamos interés por mora aplicable: 7,5%; por el otro IPC: 4,5% + rendimiento financiero 4,5% a 5%: % o 9,5% - 7,5% = 1,5% o 2 % que ganaría la aseguradora. ¿Debe esto entenderse como una sanción para la aseguradora o más bien es un beneficio?

En la hipótesis (totalmente real, que ya ha sucedido) de una situación económica de dificultades en que la inflación llegue a superar el 20% y el interés legal se sitúa en torno al 8% o 9%, no cabe duda de que los partidarios de esta doctrina tendrían que cambiar su postura. En esa situación a las aseguradoras les vendría retrasar el pago de la indemnización, pues obtendrían del dinero una rentabilidad de más del 20% por efecto de la inflación y tan solo tendrían que abonar de intereses por mora el 12% o 13,5%, con lo cual estarían ganando más de 7 puntos de diferencia.

Los partidarios de la aplicación del baremo a la fecha del siniestro afirman en muchas ocasiones que las aseguradoras ya pagan bastante con los intereses por mora. La aseguradora tiene a su alcance los medios para evitar la imposición de los intereses por mora mediante la consignación y la solicitud del auto de suficiencia.

Lo anterior nos lleva a plantear dos hipótesis. Una primera hipótesis en una situación como la actual en que el tipo de interés legal esta bajo no es descabellado plantearse que puede llegar un momento en que el IPC desborde al interés legal incrementado en dos puntos, ¿cuál será entonces el planteamiento de los defensores de fijar las cuantías a fecha de siniestro?



La segunda hipótesis es que los intereses por mora no se imponen siempre de forma automática a las aseguradoras, sino que solo se imponen a las aseguradoras incumplidoras y reticentes al pago. Supongamos el caso de un lesionado de larga evolución en el que se haya dictado auto de suficiencia en base a un informe forense preliminar. Como el auto de suficiencia es de mínimos y el lesionado ha tenido una mala evolución en sus lesiones resulta que la resolución fija una cuantía superior y, a veces, muy superior a la del auto de suficiencia. La aseguradora ha cumplido con lo establecido en el auto de suficiencia por lo que no podrán imponerse los intereses por mora. En este supuesto si aplicamos las cuantías vigentes a la fecha del siniestro cuando normalmente ya han transcurrido varios años, ¿como se compensa la pérdida de poder adquisitivo que debe sufrir el lesionado por las cantidades que exceden de las fijadas en el auto de suficiencia?

Así, aunque estamos de acuerdo con la doctrina de este Tribunal se debería ir más allá, pues existen innumerables casos en que la aplicación como fecha final del alta definitiva no es del todo justa, en supuestos como el que nos ocupa, pues el perjudicado asume las dilaciones judiciales aunque no ha sido por su culpa y, sin embargo, asume la pérdida que supone el transcurso del tiempo desde la presentación de la demanda (año 2000) hasta su resolución (año 2002). Efectivamente, es injusto que la aseguradora tenga que hacerse cargo de esa dilación judicial pero acaso es más justo que esa dilación tenga que perjudicar al lesionado. Existen casos en los que está pendiente un proceso penal y concurren varios lesionados uno leve y otro grave y la dilación resulta injusta para el lesionado leve que recibe el alta el mismo año del accidente en cambio el lesionado grave tarda varios años hasta que es dado de alta por el forense. El lesionado leve tiene que esperar a la sanidad del grave para que se convoque a la partes a juicio de faltas normalmente, y si pretendiese renunciar a la acción penal y ejercitar la civil se le opondría la cuestión de prejudicialidad penal. La merma económica que tiene ese lesionado leve que sin culpa alguna no ha percibido una indemnización, ¿quién se la compensa?

El único inconveniente grave e injusto que presenta la consideración de esta deuda como deuda de valor hasta sus últimas consecuencias (nos referimos hasta la fecha de la resolución judicial) es el contemplado en las citadas SSTS de 17 de abril de 2007, «sin embargo, esta opción presenta también inconvenientes, porque deja a la víctima la determinación del momento en que definitivamente se tenga que fijar la cantidad, ya que por medio de la interrupción de la prescripción, podía alargar la fecha de la interposición de la demanda, con la inseguridad que se crea.»

Esta afirmación, sin embargo, no es del todo cierta, pues la aseguradora tiene soluciones legales y judiciales para solventarlo. Dispone de una solución legal el mecanismo de la consignación que establece la LRCSVM. Las aseguradoras diligentes envían a sus servicios médicos para efectuar el seguimiento de los lesionados y consignan la cantidad que consideren adeudada por lo que dicha cantidad a partir de ese momento deja de devengar intereses. Solo resultarán perjudicadas las aseguradoras que no sean diligentes y que se despreocupen totalmente del lesionado y de sus circunstancias y no efectúen ningún tipo de consignación o sean extremadamente cíclicas a la hora de fijar la cuantía a consignar, pues es precisamente a estas aseguradoras a las que pretende sancionar la Ley al imponerles los intereses del art. 20.4 LCS al que se remite la LRCSVM.

Las aseguradoras también disponen de una solución judicial, pues si consideran que el perjudicado esta dilatando indebidamente la presentación de la reclamación pueden ejercitar frente al mismo la acción de jactancia (regulada en Las Partidas y cuya vigencia ha sido declarada por el Tribunal Supremo) y exigirle que presente la reclamación.

Por todo lo expuesto, debe rechazarse el primer motivo del recurso, pues se ha cumplido con la doctrina de las recientes sentencias del Tribunal Supremo que aplican las cuantías del año 2000 que son precisamente las del año en que la lesionada recibe el alta medica de manera definitiva.

Al segundo motivo.

Inaplicación del art. 20.8 LCS en relación a la disposición adicional de la LRCSVM.

Como se ha expuesto este motivo debe también ser rechazado por no presentar interés casacional.

Las dos sentencias citadas se refieren a supuestos que no tienen nada que ver con el que nos ocupa. En ninguna de ellas se juzgan daños derivados de accidentes de tráfico y en estos casos la disposición adicional de la Ley 30/1995, exige la consignación dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro para evitar la imposición de los intereses por mora y cuando se trata de daños por lesiones con duración superior a 3 meses debería haber ofrecido y consignado la cuantía aproximada de conformidad con el informe de su perito médico que ha realizado el seguimiento a la lesionada.

Consta en autos que la aseguradora conocía perfectamente las circunstancias del siniestro, la responsabilidad de su asegurado por circular a velocidad inadecuada para el trazado estrecho y configuración de la calzada sinuosa, pues de no ser así hubiera detenido su vehículo o aminorado su velocidad antes de salirse de la calzada y chocar con el ribazo produciendo los desperfectos en el frontal de su vehículo según consta en el atestado. Es precisamente esta velocidad inadecuada la que provoca la gravedad de las lesiones de la ocupante del vehículo, pues de ir a una velocidad reducida, máxime si tenemos en cuenta lo sinuoso de la carretera, tanto los daños del vehículo como los causados a la lesionada hubieran sido de escasa entidad.

La magnitud de los daños viene provocada por la velocidad a la que circula el vehículo y en la que para nada influye el «supuesto» ciclomotor que, además, como consta en la declaración del asegurado y así se lo ha dicho siempre a su aseguradora dicho ciclomotor nunca llegó a invadir su carril, lo que fue un efecto sorpresa que unido a la edad del conductor y a la velocidad provocó su salida de la calzada. Como acertadamente recoge la sentencia de instancia: «La posible concurrencia de culpa de un supuesto motorista se descarta desde el momento en que su intervención solo resulta de la declaración autoexculpatoria (y por eso mismo poco creíble) realizada ante los agentes de la Guardia Civil por el Sr. Íñigo.»

Aegon conocía la gravedad de las lesiones sufridas por la ocupante del vehículo; así el informe médico que la aseguradora acompaña con su contestación a la demanda del Dr. José María López Campos que dice: «El presente informe se emite a partir de las sucesivas visitas/exploraciones realizadas por el informante... atendiendo a la solicitud efectuada por Aegon los días 30-07-1998, 03-09-1998, 07-10-1998, 18-11-1998, 25-01-1999 y 30-04-1999.»

El asegurado de la recurrente siempre ha reconocido su responsabilidad en el accidente y así lo expresó desde un primer momento. Prueba de ello es que la aseguradora abono a cuenta de la indemnización la cantidad de 2 000 000 pts. y así consta en autos.

La aseguradora no tenía ningún motivo para oponerse al pago por una posible concurrencia de culpas. La posible concurrencia de un tercero en nada afecta a la obligación de la aseguradora del vehículo culpable en que viajaba como ocupante la recurrida. En supuestos como este de responsabilidad civil extracontractual la responsabilidad es solidaria por lo que podíamos habernos dirigido contra uno solo de los deudores solidarios en reclamación de todo adeudado. La aseguradora recurrente había asumido su responsabilidad al adelantar 2 000 000 pts., en virtud del mecanismo de la responsabilidad solidaria era perfecta conocedora de que aun en el «hipotético» supuesto de una concurrencia de culpas podía haber saldado su deuda por la totalidad con el perjudicado y luego dirigirse si así lo estimaba oportuno contra cualquier otro que ella considerase como deudor solidario para reclamar la cuota que le correspondiese.

La aseguradora a pesar de lo expuesto no efectúa ni el ofrecimiento ni la consignación de la disposición adicional de la LRCSVM. Ni siquiera efectúa la consignación cuando presenta la demanda (párrafo 3.º de dicha disposición adicional). Por ello es absolutamente justo que se le impongan los intereses por mora conforme a la citada disposición adicional y en la forma establecida en el art. 20.4 LCS.

Termina solicitando de la Sala que teniendo por presentado este escrito, se tenga por formulado en tiempo y forma oposición al recurso de casación declarando no haber lugar al mismo y desestimándose dicho re-

curso, con expresa imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.—Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 24 de febrero de 2009, en que tuvo lugar.

NOVENO.— En esta sentencia se han utilizado las siguientes siglas:

DT, disposición transitoria.

IPC, Índice de Precios al Consumo.

LCS, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LRCSVM, Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, que expresa el parecer de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes.—1. El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia dictada el 31 de enero de 2002, condenó a la aseguradora a indemnizar a la lesionada en un accidente de circulación en sendas cantidades por días de baja y hospitalización, secuelas, incapacidad absoluta y adaptación de la vivienda, más el importe de ciertos gastos que se acreditasen en ejecución de sentencia.

2. La suma por días de baja y hospitalización y la suma por secuelas se calculó con arreglo al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el Anexo de la LRCSVM aplicando el valor del punto vigente en el momento de la presentación de la demanda.

3. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia considerando, en lo que aquí interesa, que, aunque el valor de la indemnización debió fijarse con arreglo al valor del punto en el momento de la determinación de la indemnización en la sentencia, la representación de la perjudicada no había planteado esta cuestión en la apelación.

4. En cuanto a la aplicación de los intereses moratorios del art. 20 LCS la sentencia razonaba que la aseguradora no había cumplido el deber de indemnizar los daños dentro de los tres meses siguientes al siniestro, aunque hubiera asumido parcialmente el pago por distintos conceptos.

5. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la aseguradora, el cual ha sido admitido al amparo del art. 477.2.3.º LEC.

SEGUNDO. Admisibilidad del recurso de casación.—De acuerdo con la DT tercera de la LEC, esta ley se aplica a partir de la sentencia en los procesos que se hallen en la segunda instancia. En consecuencia, el recurso de casación que se interponga contra una sentencia de fecha posterior a su entrada en vigor se regirá por la nueva LEC, como esta Sala ha venido entendiendo con carácter general. Así lo ratifica la DT cuarta de la LEC que establece que «los asuntos pendientes del recurso de casación al entrar en vigor la presente Ley seguirán sustanciándose y se regirán conforme a la anterior [...]», de donde se infiere, sensu contrario [por inversión lógica], que es la fecha de la sentencia la que determina el régimen del recurso de casación y no el hecho de que el proceso de instancia se haya tramitado conforme a la vieja o a la nueva Ley, pues sólo los recursos pendientes se tramitarán por la ley antigua y no aquellos que todavía no se hayan iniciado en el momento de la entrada en vigor de la nueva LEC.

La invocación de la DT primera de la LEC tiene un sentido contrario al que la parte recurrida pretende. En efecto, esta DT prescribe la aplicación del sistema de recursos de la nueva LEC a los recursos que procedan contra las resoluciones no definitivas y su contenido conduce a considerarla fortiori [con más razón] que el sistema de recursos contra las resoluciones definitivas se rige también por la LEC.

La admisibilidad del apartado segundo del motivo de casación será decidida al examinar sobre su fundamento, ya que se halla estrechamente relacionada con él.

TERCERO. Enunciación del motivo de casación.—El motivo primero y único de casación contiene dos apartados. El primero de ellos se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción de normas aplicables para resolver las

cuestiones objeto del proceso. Se cita como infringido el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor al inaplicar las cuantías resultantes en la fecha de siniestro.»

En este apartado se plantea, en síntesis, como cuestión de interés casacional la relativa a qué cuantías del Anexo de la LRCSVM, objeto de revalorizaciones automáticas anuales, han de aplicarse para cuantificar los daños personales derivados de un siniestro de circulación, defendiendo que la cuantía que debe aplicarse es la correspondiente a la fecha del siniestro.

En el segundo apartado de este motivo de casación se denuncia la inaplicación del art. 20 LCS considerando, en síntesis, que la no consignación por Aegon del importe mínimo en el plazo de 3 meses desde la comunicación del siniestro obedeció a una causa justificada: la no imputación de responsabilidad al conductor asegurado en Aegon por no haber causado el accidente.

El motivo debe ser desestimado, con el alcance que se dirá.

CUARTO. La determinación del valor con arreglo a la actualización correspondiente a la fecha del alta definitiva del lesionado.—A) Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado».

Las sentencias, cuya doctrina debemos aplicar en el supuesto examinado, consideran que la pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses moratorios exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar.

Tampoco se considera que exista una incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, porque, según las sentencias, la tesis

que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria el artículo 1.2 LRCSVM y del Anexo, primero, LRCSVM. Al contrario, debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (artículo 1.2 LRCSVM) y Anexo, primero, 3, LRCSVM, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorativos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Los preceptos citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. Sin embargo, la cuantificación de los puntos «[...] debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 noviembre 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial».

La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente por las SSTs 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02, 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02 y 2541/03, 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04, 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04 y 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04.

B) La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a estimar que la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina expresada cuando, según la argumentación general que utiliza para explicar la valoración realizada (aceptando la argumentación de la sentencia de primera instancia) no aplica las valoraciones actualizadas correspondientes al momento del alta definitiva de la lesionada, que tuvo lugar en 1999, sino la valoración correspondiente al

momento de presentación de la demanda, la cual se produjo en el año 2000.

La parte recurrida mantiene en su demanda que la consolidación de las secuelas se produjo con ocasión del alta médica producida el 11 de noviembre de 1999, y esta es la fecha consignada en uno de los informes médicos y tomada en consideración por el Juzgado. No puede aceptarse la alegación que ahora formula en el escrito de oposición al recurso de casación en el sentido de que el alta médica tuvo lugar con posterioridad, a lo largo del año 2000.

En consecuencia, debe llegarse a la conclusión de que los valores actualizados aplicables son los correspondientes al año 1999 y no los correspondientes al año 2000 y que este criterio afecta a las indemnizaciones concedidas por días de hospitalización y de impedimento y por las secuelas y no a las restantes, fijadas en una suma establecida mediante una apreciación realizada por el Juzgado y confirmada por la Sala dentro de los límites legales, en la cual hay que presumir que se tuvo en cuenta la necesidad de su actualización a la íntegra reparación del daño causado.

La sentencia de instancia, después de proclamar con carácter general que procede la aplicación de los valores vigentes en el momento de la presentación de la demanda, hace referencia después indistintamente a las publicaciones por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de las tablas de valoración correspondientes al año 1999 y al año 2000 y realiza a continuación unos cálculos que no se corresponden con la valoración correspondiente al año 1999, salvo en los días de hospitalización (153, que resultan correctamente valorados, según la actualización correspondiente al año 1999, a 8 561 pts. en un total de 1 309 833 pts.)

En efecto, por los 349 días de impedimento se dice aplicar una cuantía de 6 556 pts., que arroja un resultado (producto de un cálculo aritmético erróneo) de 2 427 644 pts., cuando el valor correspondiente al año 1999 por día de impedimento es el de 6 500 pts., cuya aplicación, realizando correctamente el cálculo aritmético, arroja un resultado de 2 268 500 pts.

Los 44 puntos reconocidos por la sentencia como secuelas deben ser valorados, con arreglo a la valoración aplicable al año

1999, a un importe de 123 411 pts. (y no de 125 880, como hace la sentencia aplicando valores correspondientes al año 2000), por lo que el resultado es de 5 430 084 pts. (y no de 5 533 720 pts., que es el que se refleja en la sentencia).

La valoración del punto aplicable resulta superior a la que figura en la publicación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debido al hecho de haberse omitido por dicha Dirección General la primera actualización en el año 1996 al índice del 4,3%, como parecía obligado a tenor de lo ordenado por el Anexo primero, 10, de la LRCSVM, promulgada de noviembre de 1995, en el cual se dice que «[a]nualmente, con efectos de 1 de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de este texto refundido, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en este anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios de consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, se harán públicas dichas actualizaciones por resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones». No es necesario poner de relieve que la resolución de la Dirección General no tiene carácter vinculante, pues carece de rango normativo y su finalidad es únicamente facilitar el conocimiento de la actualización automática de las valoraciones con arreglo al IPC. La aplicación de los sucesivos índices anuales del IPC de 4,3, 3,2, 2, y 1,4 correspondientes a los años naturales de 1996, 1997, 1998 y 1999 respectivamente, sobre una suma inicial de 110 202 pts. (Tabla III, 40-44 puntos, más de 65 años) conduce a un valor del punto correspondiente a la última anualidad, en función del número de puntos y de la edad de la perjudicada, equivalente a 123 411 pts. Este mismo razonamiento no es aplicable a las indemnizaciones por días de hospitalización y de impedimento, por cuanto las mismas fueron incorporadas a un texto con fuerza de ley en el año 1998 (Ley 50/1998, la cual estableció que para el ejercicio 1999 no procedería actualizar las cuantías que en la misma se señalan con relación a la incapacidad temporal).

En suma, la indemnización reconocida por días de hospitalización e impedimento debe ascender a la suma de 3 578 363 pts., y la indemnización por secuelas debe ascender a la suma de 5 430 084 pts.

QUINTO. Imposición de intereses de demora a la aseguradora por retraso injustificado en el abono de la indemnización.- La apreciación de la falta de justificación de las circunstancias concurrentes para la aplicación del recargo por intereses moratorios que establece el artículo 20 LCS se funda en el caso examinado en el hecho de que la compañía aseguradora, a pesar de contar con datos que podían determinar la existencia de responsabilidad por parte del conductor asegurado, no efectuó la consignación del importe mínimo que ordena la ley, por lo cual la Sala de apelación considera que no estuvo justificado el impago de la indemnización. En consecuencia, no se aprecia la existencia de contradicción con las sentencias de esta Sala que se invocan, atendido que en cada una de ellas se tienen en consideración las circunstancias particulares del caso para determinar si el impago de la indemnización está o no justificado y en ninguna de ellas se observa que concurren circunstancias idénticas a las producidas en el supuesto de autos.

Tampoco puede apreciarse que, en términos generales, se infrinja la doctrina jurisprudencial sobre la materia. En puridad, la parte recurrente pretende que efectuemos una nueva apreciación de las circunstancias de hecho que la sentencia de apelación ha tomado en consideración para considerar injustificado el retraso en el pago de la indemnización por la aseguradora, e incluso que revisemos una apreciación que es consecuencia de la fijación de los hechos probados, como es la relativa a la existencia de datos objetivos suficientes para sostener desde el primer momento la existencia de responsabilidad en el accidente del conductor asegurado. Estas cuestiones, en cuanto implican la revisión de juicios de hecho, no pueden ser objeto de un recurso de casación; y en cuanto comportan la necesidad de una valoración que no se contradice directamente con la doctrina jurisprudencial ni propugna justificadamente su modificación o evolución es incompatible con un recurso de casación fundado en el interés casacional

derivado de la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En suma, este apartado del motivo debe ser desestimado por su falta de fundamento y esta falta de fundamento equivale a la falta del interés casacional por contradicción con sentencias de esta Sala que constituye el presupuesto de admisibilidad de esta modalidad del recurso de casación. Con ello se da respuesta a la alegación de inadmisibilidad formulada por la parte recurrida.

SEXTO. Estimación del recurso.- Según el artículo 487.2.3.º LEC, cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, si la sentencia considerara fundado el recurso, declarará además lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia.

SÉPTIMO. Costas.- De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no procede la imposición de las costas de este recurso. A su vez, no procede imponer las costas del recurso de apelación interpuesto por Aegon, S. A., que ha prosperado parcialmente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Aegon, Unión Aseguradora de Seguros y Reaseguros, S. A., contra la sentencia de 21 de noviembre de 2002 dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el rollo de apelación n.º 148/2002 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimando los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de A Coruña, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición a las partes apelantes de las costas causadas en esta segunda instancia».

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto ratifica la sentencia de primera instancia en relación con la cuantía de la indemnización fijada por días de hospitalización, días de

impedimento y secuelas, dejando a salvo los demás pronunciamientos.

3. En su lugar, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Aegon, S. A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de A Coruña, la revocamos en cuanto a las cantidades fijadas por días de baja y hospitalización, por una parte, y por secuelas, por otra, que quedan sustituidas, respectivamente, por las de 3578 363 pts. (equivalentes a 21 506,21 euros), y 5 430 084 pts. (equivalentes a 32 635,46 euros), respectivamente, y dejamos subsistentes los restantes pronunciamientos. No ha lugar a pronunciarse sobre las costas del recurso de apelación interpuesto por Aegon, S. A. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y la condenamos en las costas causadas por el mismo.

4. Se declara aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial de que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados

de acuerdo con el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

5. No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jesús Corbal Fernández, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, José Almagro Nosete. Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

3. Pensión compensatoria. Compatibilidad con el régimen de separación pactado en capitulaciones otorgadas en fecha anterior a la ruptura, siendo irrelevante para la apreciación de las circunstancias del artículo 97 del Código Civil que al tiempo de la ruptura constara disuelta y liquidada la sociedad de gananciales vigente hasta ese momento, y que la esposa tuviera medios económicos suficientes para subsistir

■ **Fecha:** 10/03/2009 **Origen:** Tribunal Supremo - **Tipo Resolución:** Sentencia - **Ponente:** JUAN ALMAGRO NOSETE (Tol 1474923)

#### ENCABEZAMIENTO:

Número de Resolución: 162/2009  
Número de Recurso: 1541/2003  
Procedimiento: Casación

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 503/02, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de fecha 10 de diciembre de 2002 (auto de aclaración de

27 de marzo de 2003) dimanante de autos de separación matrimonial 1048/00, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid, recurso que fue interpuesto por Don Benedicto, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales, Doña Concepción Tejada Marcelino, siendo parte recurrida Doña Yolanda, representada por el Procurador de los Tribunales, Don Francisco Javier Rodríguez Tadeo, e interviniente, el Ministerio Fiscal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de los de Madrid, fueron vistos los autos de juicio de separación conyugal

promovidos a instancia de D. Benedicto contra Dña. Yolanda, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Por la actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en fecha 17 de octubre de 2000, en la que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se dictara Sentencia "por la que, con estimación total de la demanda, se decrete la separación legal de los cónyuges y se adopten, como efectos de la separación, las siguientes medidas complementarias y definitivas: 1ª) Conceder al padre la guarda y custodia del hijo menor de edad, Estefanía, de 16 años de edad, con patria potestad compartida por ambos progenitores. 2ª) Dada la edad del hijo, él mismo establecerá libremente, de acuerdo con su madre, el régimen de visitas, comunicación y estancias que ambos deseen mantener. 3ª) La Sra Yolanda contribuirá a los alimentos del hijo menor de edad con la cantidad que solicite el Ministerio Fiscal en tal concepto o la que fije el Juzgado según su criterio; pagadera y actualizable en la forma legal. 4ª) No ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, ni a adoptar ninguna otra medida de orden económico o patrimonial. Con los demás pronunciamientos legales inherentes, y acordando la inscripción de la Sentencia que se dicte en el Registro Civil de Madrid, donde constan las inscripciones de matrimonio de los litigantes y nacimiento del hijo menor de edad."

Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el demandante presentó escrito ante el Juzgado solicitando la acumulación de autos entre los presentes, como más antiguos, y los que, a instancia de Dña. Yolanda se siguen ante el Juzgado de igual clase n.º 6 de Alcobendas sobre separación, presentados ante el Juzgado Decano en fecha 2 de noviembre de 2000.

Por auto del Juzgado de fecha 8 de enero de 2001 se acuerda la acumulación.

La demanda de separación conyugal formulada ante el Juzgado n.º 6 de Alcobendas por Dña. Yolanda, arreglada a las prescripciones legales, en fecha 2 de noviembre de 2000, solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se dictara Sentencia "por la que, concediéndose a la esposa actora la separación

conyugal de su consorte por la causa 5ª del art. 82 del C.c., se acuerden los siguientes efectos: 1ª) Conceder a la esposa la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad sobre el mismo. 2ª) Fijar en 500.000 pesetas la contribución del esposo, en concepto de alimentos para el hijo, suma que se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades, devengándose desde la fecha de interposición de la presente demanda, estableciéndose el sistema de revisión anual, de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC, según las bases publicadas por el INE u organismo que lo sustituya. Asimismo, los gastos extraordinarios que genere el menor correrán de la sola cuenta del padre. 3ª) Fijar, en concepto de pensión compensatoria a favor de la esposa, la suma de 1.500.000 pts. mensuales, suma que se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, estableciéndose el sistema de revisión anual, de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC, según las bases publicadas por el INE u organismo que lo sustituya."

El demandado contestó la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso y terminó suplicando se dicte sentencia "por la que se decrete la separación de los litigantes, adoptando con efectos de la separación los interesados por su parte en su propia demanda inicial de estas actuaciones, y declarando no haber lugar a los efectos que solicita la esposa en su propia demanda. Imponiéndole las costas del juicio."

A su vez, la demandada contestó la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia "por la que, concediéndose la separación a la esposa, se acuerden las medidas que tenemos interesadas en el suplico de nuestro escrito de demanda de separación, de 30 de octubre del pasado año 2000, acumulada a las presentes actuaciones."

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 4 de febrero de 2002 cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Dª Concepción

Tejada Marcelino, en nombre y representación de Don Benedicto contra D<sup>a</sup> Yolanda, representada por el Procurador de los Tribunales, D. Carlos de Zulueta Cebrían, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Yolanda frente a Don Benedicto, debo declarar y declaro la SEPARACION MATRIMONIAL de los expresados, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial los siguientes: 1) La separación de los litigantes, que a partir de este momento podrán fijar libremente sus domicilios. 2) La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado los cónyuges entre sí. 3) La atribución de la guarda y custodia del hijo menor habido en el matrimonio a D. Benedicto, pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquél. 4) Como régimen de visitas para D<sup>a</sup> Yolanda se establece que podrá estar en la compañía de su hijo menor de edad en la forma que concierte con el mismo, habida cuenta su edad y grado de independencia, sin sometimiento a pauta alguna. 5) D. Benedicto deberá sufragar todos los gastos del menor, a excepción de los gastos que genere la permanencia de su hijo con la madre, siendo de cargo del padre el resto de gastos de su hijo (escolares, vestido, ocio...). 6) En concepto de pensión compensatoria, D. Benedicto abonará a D<sup>a</sup> Yolanda la cantidad de 2.100 euros, que serán pagadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución. Dicha pensión será actualizada a partir del 1º de enero de cada año una vez se publique el índice de precios al consumo por ell.N.E. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas. Comuníquese esta sentencia, una vez firme, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio solicitante, expidiéndose a tal fin el oportuno despacho para la anotación marginal de la misma.”

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por D. Benedicto que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, dictó sentencia en fecha 10 de diciembre de 2002, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: “FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don Benedicto contra la

Sentencia dictada en fecha 04/02/2002 por el J<sup>o</sup> de 1ª Instancia nº 24 de los de Madrid, en autos de separación seguidos bajo el nº 1048/00 entre dicho litigante y Dña. Yolanda, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. No se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.”

En fecha 27 de marzo de 2003, la Audiencia dictó Auto de Aclaración de sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “La Sala acuerda: Rectificar el error material contenido en la sentencia en el sentido de especificar que la parcela objeto de esta aclaración mide 3.011'23 decímetros cuadrados, sustituyendo así los 311'23 reseñados en tal resolución.”

TERCERO.- Por la representación procesal de D. Benedicto se formuló, ante la mencionada Audiencia, recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: Primero. Infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios. Segundo. Infracción por inaplicación del art. 1091 CC. Tercero. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 97 del CC. Cuarto. Infracción por inaplicación del art. 1258 CC.

CUARTO.- Personadas las partes en este Tribunal Supremo, por Auto de esta Sala de fecha 17 de enero de 2006, se admitió a trámite el recurso de casación y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la recurrida se presentó escrito de oposición al mismo. Igualmente, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso, solicitando la imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso, el día 24 de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación objeto de enjuiciamiento se plantea por interés casacional en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera, y versa, como único punto o cuestión controvertida,

sobre la procedencia del reconocimiento del derecho a pensión compensatoria contemplado en el artículo 97 del Código Civil.

Examinando los antecedentes del pleito que guardan relación con esta cuestión vemos que la postura mantenida por los litigantes acerca del reconocimiento de este derecho ha sido completamente opuesta. Mientras en la demanda interpuesta el 27 de octubre de 2000, turnada al Juzgado de Primera Instancia 24 de Madrid, el hoy recurrente se manifestaba expresamente en contra de su fijación (“no ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, ni a adoptar ninguna otra medida de orden económico o patrimonial”), en la formulada por su esposa con fecha 2 de noviembre de 2000 ante los Juzgados de Alcobendas, —luego acumulada a la anterior—, se solicitaba una pensión por desequilibrio a cargo del marido de 1.500.000 pesetas mensuales sin límite temporal alguno. La Sentencia de Primera instancia, estimando parcialmente ambas demandas, resuelve en cuanto a este aspecto concreto conceder a la esposa una pensión de 2100 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC y sin fijar límites temporales, valorando el órgano judicial, en orden a dilucidar sobre su procedencia, cuantía y duración, circunstancias fácticas tales como la edad de la esposa (48 años entonces); la duración del matrimonio de los litigantes (29 años); la completa dedicación de la esposa durante el matrimonio al cuidado de la familia, sin prueba de trabajos fuera del hogar; la juventud de la esposa al contraer matrimonio, determinante de una formación y experiencia profesional insuficiente para acceder con facilidad al mercado laboral; y finalmente la diferencia de ingresos económicos de los esposos —claramente superiores en el caso del marido—, pues al pactarse en capitulaciones el régimen de separación y la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales la esposa recibió en pago de su mitad bienes improductivos, mientras que al marido le fueron adjudicadas la totalidad de las participaciones que la sociedad de gananciales tenía en la mercantil Chapi 27, S.L., que a su vez era propietaria de una parte de Alcalá Farma S.L. y tres laboratorios más, empresas que eran la fuente de ingresos de la familia y de donde el esposo, sin perjuicio de eventuales plusvalías, obtenía unos ingresos

anuales de más de 22 millones de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. Benedicto con el único objeto de impugnar el pronunciamiento referido a la pensión compensatoria, y defendiéndose nuevamente por el apelante su improcedencia en atención a la ausencia de desequilibrio patrimonial de los esposos al tiempo en que se produjo el cese de la convivencia, una vez que con carácter previo se había liquidado el régimen ganancial, la Sentencia de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 2002 que ahora se recurre, rechaza el recurso y confirma íntegramente la resolución apelada, justificando la procedencia de la pensión por desequilibrio aún habiendo precedido a la ruptura conyugal la modificación del régimen económico (adoptándose el de separación de bienes) y la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, y ello (fundamento jurídico segundo, último párrafo) “por la diferente naturaleza, carácter y condición de la pensión compensatoria, la cual encierra unos elementos y características distintas de las que implica la consecuencia y el resultado inherente a la liquidación patrimonial de la sociedad matrimonial”.

Contra esta sentencia se alza en casación el marido por vía de interés casacional en la modalidad de oposición a la Jurisprudencia de esta Sala, —recurso que fue admitido por auto de esta Sala de 17 de enero de 2006, al haberse justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en el artículo 477.2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y concurrir los requisitos legalmente exigidos—, aduciendo que la Audiencia ha resuelto la cuestión objeto de debate reconociendo a la esposa el derecho a pensión compensatoria transgrediendo así, por inaplicación, tanto la doctrina de los actos propios como la formulada por esta Sala en torno a los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, incurriendo también en interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del mismo cuerpo legal y de la doctrina sobre los presupuestos que han de concurrir para la concesión de la pensión por desequilibrio. En particular, y por lo que se refiere a la infracción de la doctrina de los actos propios, expone el recurrente que, siendo éstos expresión del consentimiento y vinculantes para a su autor por causar estado y definir unilateralmente la situación jurídica del mismo, como tal acto



propio de la esposa, vinculante para la misma a la hora de impedirle reclamar pensión por desequilibrio, debe entenderse el Pacto IV de las Capitulaciones de 24 de marzo de 1998, toda vez que en dichas capitulaciones los cónyuges, además de modificar el régimen económico matrimonial adoptando el de separación de bienes, acordaron en el Pacto IV que “ los gastos de cada uno de los cónyuges, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, serán a cargo exclusivo del que los produjere, sin posibilidad de repercusión alguna frente al otro y sus bienes”, dejando así patente la voluntad de ambos esposos de desvincularse totalmente del otro a nivel económico, lo que, en suma, suponía una renuncia de la esposa, y un impedimento a la hora de reclamar la pensión que, pese a ello, le ha sido reconocida. En torno a la segunda infracción, por inaplicación de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, se argumenta que el citado pacto IV de las Capitulaciones, por tratarse de una estipulación de carácter contractual, genera obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes (artículo 1091 CC: *pacta sunt servanda*), añadiéndose que dichas obligaciones contractuales comprenden además (artículo 1258 del Código Civil) las consecuencias derivadas de la buena fe, del uso y de la ley, habiendo incurrido la demandada en mala fe desde el momento en que actuó contra sus propios actos al reclamar pensión pese a admitir su independencia económica. Finalmente, para fundamentar la pretendida interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil y la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias que cita, se alega que la pensión compensatoria no está concebida para compensar una posible lesión derivada de la liquidación del régimen económico matrimonial, de modo que como la liquidación de la sociedad de gananciales supuso una “equiparación cuantitativa de los cónyuges”, no puede hablarse de desequilibrio que justifique la concesión de pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido.

En síntesis, el recurrente se opone al reconocimiento del derecho a pensión con dos argumentos: por un lado, la inequívoca voluntad de la esposa de no reclamarla, y por otro, la ausencia del desequilibrio patrimonial que la justifique. Con relación al primero,

se afirma que la fuerza vinculante del pacto contenido en las propias capitulaciones en las que se adopta el régimen de separación de bienes, determinante de una independencia y autonomía económica de los esposos, mutuamente aceptada, ha de suponer una efectiva renuncia de la esposa a cualquier reclamación posterior de índole económico, y por ende, la renuncia a reclamar pensión a su ex marido al tiempo de la separación; en cuanto al segundo, que la liquidación de la sociedad legal de gananciales supuso la equiparación económica de los esposos, faltando entonces el desequilibrio en que se ha de fundamentar la pensión.

SEGUNDO.— La respuesta casacional a la controversia pasa necesariamente por recordar la configuración legal y doctrinal de la pensión compensatoria. En torno a la misma, deteniéndonos tan sólo en lo que nos interesa (dejando de lado la posibilidad de su fijación temporal) constituye doctrina de esta Sala, plasmada, entre otras, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, Recurso de Casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005, lo siguiente:

a) Que del tenor del artículo 97 del Código Civil (“el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...” ) «se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un

empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutó el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios»

b) Que «La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1.981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias —“sui generis”—. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la “perpetuatio” de un “modus vivendi”, o a un derecho de nivelación de patrimonios».

c) Y finalmente, en cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: «la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.».

La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciada al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante

el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987: «... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (arts. 142 y ss. CC)»). Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer», con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal.

TERCERO.— Llega el momento de analizar si, teniendo en cuenta lo dicho en torno a la pensión compensatoria, la Audiencia actuó conforme a Derecho al ratificar en este punto el pronunciamiento del Juzgado favorable a reconocerla a favor de la esposa o si, como se afirma, incurrió en alguna de las vulneraciones normativas que se denuncian, concretadas en la infracción por inaplicación de la doctrina sobre los propios actos, infracción por inaplicación de la fuerza vinculante de los contratos establecida en los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, incluyendo las consecuencias



derivadas de la buena fe, del uso y de la ley, y la interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del mismo texto legal.

Como se anticipó, en síntesis son dos los argumentos que emplea el recurrente para mostrar su discrepancia con el pronunciamiento contenido en la Sentencia en esta cuestión: primero, que la aceptación por parte de la esposa del régimen de separación de bienes, asumiendo expresamente la obligación de subvenir sus propios gastos con total autonomía e independencia respecto de su marido (Pacto IV de las capitulaciones) sólo puede entenderse como una renuncia por su parte a reclamar cantidad alguna, y que por esta razón la Audiencia, al no respetar esa voluntad y conceder la pensión, conculca la doctrina jurisprudencial sobre los propios actos, el principio *pacta sunt servanda*, y la fuerza vinculante de los contratos; segundo, que la inexistencia de desequilibrio, ante la probada equiparación económica de los esposos, una vez disuelto y liquidado el régimen legal de gananciales —que dio lugar a que la esposa se adjudicara bienes por valor superior a los ciento ochenta millones de pesetas—, determina igualmente la improcedencia de la pensión.

Ambos argumentos deben rechazarse.

A) Con relación al primero de ellos, en el que el recurrente, partiendo del carácter de derecho dispositivo que tiene la pensión, considera que la esposa renunció a la misma, entendiendo que esa voluntad resultaría del tenor del pacto IV contenido en Capitulaciones, y de los propios actos de la demandada, es reiterada la doctrina de esta Sala que proclama que «la calificación de los contratos, así como la interpretación de los mismos, es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o contrario a la ley» por conculcar las normas de la hermenéutica contractual (Sentencias, entre otras muchas, de 29 de noviembre y 23 de enero de 2007). En aplicación de esta doctrina, la tesis expuesta ha de ser rechazada pues no es posible sustituir en casación la interpretación de instancia por la interpretación alternativa que se ofrece, sin concretar la norma hermenéutica contractual vulnerada, y cuando además aquella no resulta ilógica o arbitraria, ya que, no constando

contradicción entre la voluntad de las partes y las palabras empleadas para expresarla, de los términos empleados a lo largo de las capitulaciones, y en especial, en la redacción del Pacto IV, se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos “de cualquier tipo y en cualquier circunstancia”, era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante tal pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal (la cual no se produciría sino más de un año después de la fecha de otorgamiento de las capitulaciones). En línea con lo expuesto, la invocación hecha por el recurrente de la doctrina en torno a los artículos 1091 y 1258 del Código Civil resulta ajena a *laratio decidendi* de la sentencia recurrida, y por ende, casacionalmente irrelevante, ya que en modo alguno la Audiencia pone en duda la fuerza vinculante de lo pactado; cosa distinta es que el negocio capitular suscrito por los cónyuges en el caso de autos no comprendiera en su objeto lo relativo a la disposición del derecho a la pensión compensatoria que se pudiera reconocer a cualquiera de ellos en caso de separación o divorcio. Y en cuanto a la doctrina sobre los propios actos, que igualmente se dice vulnerada, su invocación resulta también inocua en este caso, pues siendo cierto que los cónyuges pactaron un régimen de separación de bienes y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, de sus actos, y en particular de los actos de la esposa, no cabe extraer la conclusión de que la asumida independencia económica alcanzaba hasta el punto de renunciar a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponder a cualquiera de ellos ante una eventual ruptura conyugal, debiéndose tener en cuenta además que, como se dijo, en el momento de pactarse el nuevo régimen económico la pareja seguía conviviendo y lo siguió haciendo hasta el verano del año siguiente, momento en que se sitúa la ruptura determinante del nacimiento

del derecho, por lo que es de todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida, dado que fueron realizados sin tener conciencia de ese ulterior y eventual derecho. En este sentido, la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2007 señala que «el principio general de Derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cuales insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (SSTS 23 de julio de 1997, 9 de julio de 1999, etc.) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico».

B) Resta analizar el segundo argumento, que alude a la supuesta interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil, infracción que se dice cometida por la Audiencia por haber accedido a conceder pensión de 2.100 euros mensuales a la esposa a pesar de que esta resultó adjudicataria, en pago de su parte en la liquidación de la sociedad de gananciales, de importantes bienes inmuebles con un valor de más de 180 millones de pesetas, montante igual al recibido por el marido y que, en su opinión, impide apreciar desequilibrio. Con este planteamiento es notorio que el recurrente se aparta de la auténtica naturaleza de la pensión compensatoria, que, tal como la configura nuestro ordenamiento, e interpreta la doctrina analizada, no es una pensión alimenticia a favor del cónyuge más necesitado, sino un derecho

cuya razón de ser se halla únicamente en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura conyugal, por lo cual, lo esencial para que pueda accederse a su reconocimiento es que el cónyuge solicitante demuestre que la ruptura le ha supuesto un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutó el otro cónyuge, siendo por ello irrelevante la ausencia de necesidad, es decir, que el cónyuge más desfavorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. La Audiencia se ajusta en su decisión plenamente a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión. Así, la situación de desequilibrio ha sido acreditada acertadamente en ambas instancias en atención a las circunstancias a las que, de modo no exhaustivo, alude el artículo 97 del Código Civil, particularmente la duración del matrimonio (29 años), la dedicación constante de la esposa durante todo ese tiempo al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo, la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Del mismo modo, ese desequilibrio conlleva además un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo ha sido el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto del mismo a la hora de obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado con la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario sí que puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta en modo alguno relevante que sólo en el último año la economía conyugal se rigiera por el régimen de separación de bienes pues ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales

que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho.

CUARTO.— Conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero, al desestimarse íntegramente el recurso, se imponen las costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado

por la representación procesal de Don Benedicto, contra la sentencia de 10 de diciembre de 2002, dictada en grado de apelación, rollo 503/02, por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que se confirma, con imposición del pago de costas causadas en este recurso a la parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. José Almagro.

Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## otras novedades jurisprudenciales

### Privado

*Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo en el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización ...* (Tol 1474908)

*Pensión compensatoria. Compatibilidad con el régimen de separación pactado en capitulaciones otorgadas en fecha anterior a la ruptura, siendo irrelevante para la apreciación de las circunstancias del artículo 97 del Código Civil que al tiempo de la ruptura .....* (Tol 1474923)

*ARRENDAMIENTOS URBANOS. Actualización de Rentas: Resultará procedente a partir de una declaración de voluntad recepticia del arrendador al arrendatario por escrito, haciéndole saber el incremento, sin que tenga efectos retroactivos - Tribunal Supremo - Sala .....* (Tol 1466724)

*Interpretación de una Escritura de Capítulos Matrimoniales y la de Liquidación de la Sociedad de Gananciales: los vendedores de cuotas indivisas de un bien inmueble deben pagar "las posibles consecuencias fiscales de la venta" en proporción a sus cuotas .....* (Tol 1452538)

*TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia .....* (Tol 1456880)

*Contratos de ejecución de obras. Entrega y recepción de la obra a entera conformidad del dueño. Preceptos dispares. Supuesto de la cuestión. Inidoneidad de preceptos genéricos para sustentar un motivo de casación. Para el ejercicio de la acción de repetición .....* (Tol 1441147)

*RECURSO DE CASACION: Interés casacional: es preciso expresar la doctrina jurisprudencial que se considera infringida. Es preciso atacar la "ratio decidendi" de la argumentación que fundamenta el fallo. Incompatibilidad de las alegaciones de ilegalidad y .....* (Tol 1463055)

### Laboral

*Incapacidad permanente: base reguladora; no se considera «laguna de cotización» integrable con bases mínimas de cotización el tiempo no trabajado durante un contrato a tiempo parcial - Tribunal Supremo - Sala Cuarta - Jurisdicción: Social - Sentencia .....* (Tol 1474758)

*Despido por causas objetivas (organizativas). Centro hospitalario que subcontrata las tareas de lavandería con empresa externa y despide a los trabajadores que realizaban el servicio, en locales inadecuados y sin licencia - Tribunal Supremo - Sala Cuarta .....* (Tol 1474770)

*TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena. - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia .....* (Tol 1456880)

Contrato de trabajo en prácticas. Durante dos meses de los 24 de duración se empleó al trabajador en tareas distintas a las pactadas como objeto del contrato. No es suficiente para declarar la existencia de fraude en la contratación - Tribunal Supremo..... (Tol 1460249)

Incapacidad permanente: fecha de efectos económicos cuando no deriva de incapacidad temporal previa - Tribunal Supremo - Sala Cuarta - Jurisdicción: Social - Sentencia - Ponente: JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA..... (Tol 1441004)

"Despido dentro del despido". Efectos de un segundo despido que queda firme por caducidad de la acción sobre la ejecución de la sentencia que declaró nulo un primer despido. Falta de fundamentación de la denuncia de la infracción legal y falta de..... (Tol 1441000)

## Penal

(Tol 1426417)

Intercepciones telefónicas: La injerencia contó con fundamento bastante y tratado con la corrección exigible. Prueba de cargo existente y bien valorada. Tenencia ilícita de armas de fuego. Art. 564 - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal..... (Tol 1474861)

Caso Prestige. Procesamiento del capitán del buque, no al director general de la marina mercante. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, y Desobediencia - Juzgado de 1ª Instancia - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: CARMEN VEIRAS ..... (Tol 1457092)

Detenidos en Guantánmo. No más combatientes enemigos. Seguimiento sentencias USSC - Estados Unidos - Jurisdicción: Jurisprudencia comparada. Declaración..... (Tol 1454275)

Delito de maltrato habitual. Comisión de los hechos en presencia de menores y en domicilio conyugal. Delito de asesinato. Alevosía - Audiencia Provincial de Alicante - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: D. ANTONIO GIL MARTÍNEZ..... (Tol 1444939)

Contaminación acústica. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, ex arts. 325 y 326 a) y b) CP, cuatro delitos de lesiones ex art. 147.1 CP y cuatro delitos de coacciones ex art. 172.2 CP - Audiencia Provincial de Barcelona - Jurisdicción ..... (Tol 1455073)

TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia ..... (Tol 1456880)

STC 54/2009. Vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); valoración de la prueba de testigos (STC 15/2007) - Tribunal Constitucional (Tol 1460484)

Agresiones sexuales. Valor de las declaraciones prestadas por el acusado ante la policía y carácter del testimonio en Juicio de los funcionarios que asistieron a esa declaración. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 28 de Noviembre de 2006. Voto particular ..... (Tol 1474868)

Inadmisión de Querrela por delitos de prevaricación y cohecho. Causa Especial. No revisten indiciariamente los hechos la comisión de infracción penal alguna. Remisión al CGPJ por eventual falta disciplinaria - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción (Tol 1445211)

Aforados Diputado de las Cortes Valencianas. Conocimiento de la causa: Exposición Razonada. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Delitos: Apropiación indebida, Malversación de Caudales Públicos y Estafa. Delito Societario. De las personas..... (Tol 1449445)

Delitos contra la Vida Asesinato. Alevosía. Utilización de arma (cuchillo). (CASO SVETLANA) Agravante de Parentesco. Delito de Maltrato. Habitualidad: concepto. Domicilio víctima. Presencia de menores. Valoración de las pruebas. Informes Periciales Oficiales..... (Tol 1445210)

STC 45/2009. Supuesta vulneración de los principios de igualdad, de proporcionalidad penal y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de amenazas leves (STC 59/2008). Violencia de género. Artículo 171.4 Código Penal. Inadmisión de cuestión de..... (Tol 1449446)

## Financiero-tributario

Sociedad de Gananciales y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Cuestión de ilegalidad. Artículo 38 del Real Decreto 1629/91, de 8 de noviembre que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones - Tribunal Supremo - Sala Tercera ..... (Tol 1472621)

TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia ..... (Tol 1456880)

Ganancia patrimonial por la compra y venta de unos locales. Tasación Pericial Contradictoria. Impugnación. Alcance. Falta de motivación. Examen de los informes periciales de parte incorporados a autos y del informe del perito judicial. Adolece de idéntica ..... (Tol 1463426)

## Público

Responsabilidad Patrimonial por Dilaciones Indebidas en la Administración de Justicia. Falta de prueba de daños distintos de la incertidumbre - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: LUIS MARIA..... (Tol 1474815)

STC 69/2009. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y a la tutela judicial efectiva: STC 87/2008 - Tribunal Constitucional - Sección Segunda - Jurisdicción: Constitucional - Sentencia - Ponente..... (Tol 1468761)

TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia ..... (Tol 1456880)

STC 54/2009. Vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); valoración de la prueba de testigos (STC 15/2007) - Tribunal Constitucional (Tol 1460484)

«Artículo 254 CE, apartado 2 - Reglamento (CE) n° 1049/2001 - Artículo 2, apartado 3 - Reglamento (CE) n° 622/2003 - Seguridad aérea - Anexo - Lista de artículos prohibidos a bordo de aeronaves - No publicación - Fuerza vinculante» - Tribunal de Justicia ..... (Tol 1448822)

Deslinde de vía pecuaria. Caducidad del procedimiento. Aplicación por la Sala de la caducidad no alegada por las partes. Necesario planteamiento de la tesis. Infracción procesal - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia ..... (Tol 1441050)

STC 45/2009. Supuesta vulneración de los principios de igualdad, de proporcionalidad penal y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de amenazas leves (STC 59/2008).  
Violencia de género. Artículo 171.4 Código Penal. Inadmisión de cuestión de..... (Tol 1449446)

**Proceso civil**

TEDH. Igual Coll v. Spain. Derecho a un juicio justo. Derecho a audiencia pública ante el Tribunal que condena - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción: Supranacional - Sentencia ..... (Tol 1456880)

# novedades legislativas



## novedades destacadas

Real Decreto 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 (ToI 1493667)

Real Decreto 327/2009, de 13 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (ToI 1454272)

#### Privado

Normativa de la Abogacía Catalana ..... (Tol 1476382)

Real Decreto 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 ..... (Tol 1493667)

Ley 3/2009 de 27 de abril, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheradamiento ..... (Tol 1493689)

#### Laboral

Real Decreto 327/2009, de 13 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción ..... (Tol 1454272)

#### Financiero-tributario

Orden EHA/1030/2009, de 23 de abril, por la que se eleva el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a 18.000 euros) ..... (Tol 1492836)

Orden EHA/1039/2009, de 28 de abril, por la que se reducen para el período impositivo 2008 los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las actividades agrícolas y ..... (Tol 1493666)

#### Público

Ley de Montes de Castilla y León ..... (Tol 1475669)

# novedades bibliográficas





**Privado**

"Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones" ..... (Tol 1492883)

"Prontuario protección de datos 2009" ..... (Tol 1492928)

"Personas con Discapacidad y Acceso a Servicios Educativos en Latinoamérica. Análisis de Situación" ..... (Tol 1492937)

"El divorcio en el Derecho Iberoamericano" ..... (Tol 1492957)

"Tratado Práctico Concursal (Tomo I, II, III y IV)" ..... (Tol 1492960)

"Legislación Marítima y Fuentes Complementarias" ..... (Tol 1493484)

"Tratado de Derecho mercantil. T. XXXIII El contrato mercantil de compraventa" ..... (Tol 1493506)

"Derecho de la Contratación Electrónica" ..... (Tol 1493509)

"Contratos Mercantiles (Vol. I, II y III)" ..... (Tol 1493510)

"Productos y Servicios Financieros y de Seguros Básicos" ..... (Tol 1493511)

"La Regulación de las Opas . Comentario Sistemático del RD 1066/2007, de 27 de Julio" .. (Tol 1493512)

"Regulación Económica II. Mercado de Valores" ..... (Tol 1493513)

**Laboral**

"Vigilancia y Control de las Comunicaciones Electrónicas en el Lugar de Trabajo" ..... (Tol 1493191)

"Ley General De La Seguridad Social" ..... (Tol 1493538)

"Estatuto Básico del Empleado Público" ..... (Tol 1493539)

"Género y conciliación de la vida familiar y laboral" ..... (Tol 1493553)

"Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica" ..... (Tol 1493564)

"Formación y Orientación Laboral" ..... (Tol 1493565)

"Investigación Criminal" ..... Tol 1493575)

"Modalidades de contratación laboral" ..... (Tol 1493577)

"El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas" (Tol 1493579)

"La Previsión Social en la Historia" ..... (Tol 1493585)

"Guía Práctica de Seguridad Social 2009" ..... (Tol 1493647)

"Mujeres Generación Sándwich" ..... (Tol 1493649)

"Galicia Solidaria" ..... (Tol 1493650)

#### **Penal**

"Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal" ..... (Tol 1493264)

"Código Penal y Ley de Tráfico 2009" ..... (Tol 1493265)

"Adolescencia , violencia escolar y bandas juveniles. ¿Qué aporta el derecho?" ..... (Tol 1493266)

"Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse de la Cárcel" ..... (Tol 1493270)

#### **Financiero-tributario**

"Enciclopedia Jurídica. 23 Volúmenes" ..... (Tol 1492908)

"Prontuario del Abogado 2009" ..... (Tol 1492909)

"Todo Sociedades 2009 Guía de la declaración 2008" ..... (Tol 1493494)

"Memento Experto Crisis: Cuestiones Tributarias" ..... (Tol 1493655)

"Comentarios a la Ley General Tributaria" ..... (Tol 1493656)

"Código Civil y Mediación Familiar 2009" ..... (Tol 1493657)

"Reglamentos Tributarios" ..... (Tol 1493658)

"Fiscalidad de las operaciones vinculadas" ..... (Tol 1493659)

"El Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas" ..... (Tol 1493660)

#### **Público**

"Protección de Datos Personales en el Sector Sanitario" ..... (Tol 1492932)

"Oferta Pack Administrativo 12 Vols." ..... (Tol 1492983)

"Informe Sobre El Desarrollo Mundial 2009" ..... (Tol 1492995)

"Ley De La Carrera Militar" ..... (Tol 1493035)

"Ley General Tributaria y Normas Complementarias" ..... (Tol 1493036)

"Impuestos Sobre Renta y Patrimonio De Las Personas Físicas" ..... (Tol 1493037)

"Código de las Leyes Administrativas (Tomo I y II)" ..... (Tol 1493038)

"Legislación eléctrica aplicada a la edificación" ..... (Tol 1493060)

"Código Técnico de la Edificación un Enfoque Legal" ..... (Tol 1493172)

"Guía práctica de las Nuevas Formas de Contratación del Sector Público" ..... (Tol 1493173)

"Guía Práctica del Contrato de Suministro del Sector Público" ..... (Tol 1493174)

"Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público 4 tomos" ..... (Tol 1493175)

"La Administración de Infraestructuras en el Derecho Ferroviario Español: el Régimen Jurídico del ADIF" ..... (Tol 1493176)

"HS4 suministro de agua: normativa para instalaciones interiores de agua" ..... (Tol 1493177)

"Gestión del paisaje" ..... (Tol 1493178)

"Permisos y Licencias de los Funcionarios Públicos. Adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto básico del Empleado público" ..... (Tol 1493179)

"Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación" ..... (Tol 1493181)

"La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas" ..... (Tol 1493190)

#### **Proceso civil**

"El derecho y su garantía jurisdiccional. Estudios y comentarios de derecho procesal" ..... (Tol 1493271)

"Manual práctico del abogado" ..... (Tol 1493272)

"La prueba pericial" ..... (Tol 1493295)

"Tratado de Derecho Procesal Penal" ..... (Tol 1493296)